

تأليف

المحقق الفقيه الشيخ آقا رضا الهمداني قدس سره

المتوفى سنة ١٣٢٢ هـ

تحقيق

محمد رضا الأنصاري القمي



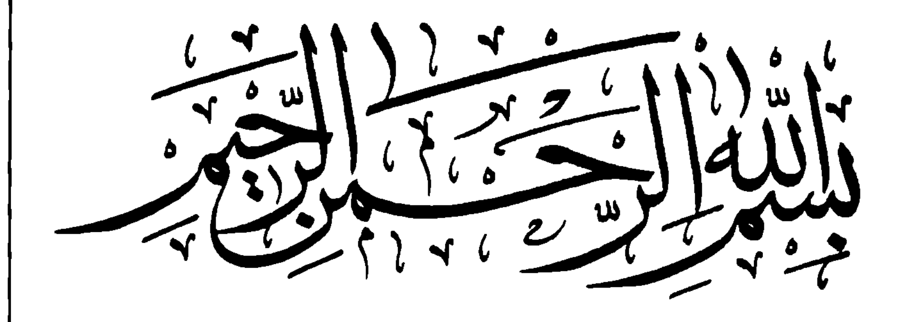
تأليف

المحقق الفقيه الشيخ آقا رضا الهمداني قدس سره

المتوفى سنة ١٣٢٢ هـ

تحقيق

الشيخ محمد رضا الأنصاري القمي



طُبِعَ هذا الكتاب على نَفَقَةِ المُحسِن الكَريم

الحاج مُحمَّد تَقي علاقبنديان

تَقبَّل الله مِنه

همدانی، رضابن محمدهادی، ۱۲٤۱؟ - ۱۳۲۲ق.
حاشیه المکاسب [مرتضی انصاری] / تالیف رضابن محمدهادی الهمدانی؛ [تحقیق محمدرضا الانصاری القمی].— قم: محمدرضا انصاری قمی، ۱۳۷۸.
٥٤۰ ص.
فهرستنویسی براساس اطلاعات فیپا.
عربی.
کتابنامه: ص. [٥۳٤] - ٥۳٥؛ همچنین به‌صورت زیرنویس.
۱. انصاری، مرتضی‌بن محمدامین، ۱۲۱٤ - ۱۲۸۱ق. -- المکاسب -- نقد و تفسیر. ۲. معاملات (فقه). الف. انصاری، مرتضی‌بن محمدامین، ۱۲۱٤ - ۱۲۸۱ق. المکاسب. شرح. ب. انصاری، محمدرضا، ۱۳۳۷ - ، مصحح. ج. عنوان. د. عنوان: المکاسب.

۲۹۷/۳۷۲ BP۱۹۰/۱/الف۸م۷۰۳۹
هح/م۱۸۸٥الف

کتابخانه‌ملی‌ایران ۷۸-۱۰۲۹۷م

هويّة الكتاب

- اسم الكتاب: .... حاشية كتاب المكاسب
- المؤلّف: .... الفقيه المحقّق الحاج آقا رضا الهمداني تَتُّن
- المحقّق: .... محمّد رضا الأنصاري القمّي
- تنضيد الحروف والإخراج الفنّي: .... صلاح الموسوي
- الفلم والألواح الحسّاسة .... تيزهوش ـ قم
- الطبعة: .... الأولى ـ ١٤٢٠هـ
- المطبعة: .... ستاره ـ قم
- العدد: .... ٢٠٠٠ نسخة

شابك: ٥ ـ ٧٨٧ ـ ٣٣٠ ـ ٩٦٤ ISBN 964-330-787-5

المقدّمة

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسّلام علىٰ خير الخلق أجمعين، محمّداً صلّىٰ الله عليه وعلىٰ آله الطيّبين الطّاهرين.

لا يخفىٰ علىٰ من تتبّع سير الدراسة في الحوزات العلميّة الشيعيّة أو درس فيها أهمّية مؤلّفات الشيخ مرتضىٰ بن محمّد أمين الدزفولي الشهير بـ«الانصاري» (المتوفّىٰ سنة ١٢٨١هـ) في الفقه والأصول وفقه المعاملات، ويجد أنّ جميعها تمتاز بالعمق العلمي، والدقّة المتناهيّة، واستيعاب المادّة من جميع جوانبها، مع بيان سهلٍ بعيد عن أسلوب القدماء في الغموض والإغلاق، هذا كلّه إلىٰ جانب منهجيّة الشيخ المبتكرة، وأسلوبه في عرض المادّة، فهو رحمه الله مبتكر هذه الطريقة حيث لم يُشاهد في مؤلّفات معاصريه في الحوزات الشيعيّة أو من سبقه من جاراه أو تقدّم عليه، ونحن لسنا في صدد استعراض الشيخ في كتبه، لكن نحاول الإشارة إلىٰ جانب مهمٍ في أسلوبه ألا وهو الجمع والعرض، خاصّة في كتابيه (فرائد الأصول) و(المكاسب)، فقد استطاع الشيخ بتضلّعه في الفقه والأصول وإحاطته بأقوال المتقدّمين والمتأخّرين أن يجمع في شرح موضوع معيّن شتات الآراء المبثوثة في ثنايا

الكتب وأن يركّز علىٰ كلمات معدودة بدل الكمّ الهائل، فتراه يختار من بين صفحات عديدة جملة مختصرة لكنّها تحتوي علىٰ أصل الفكرة، ثمّ بعد جمعه لذلك تبدأ المرحلة الأهمّ ألا وهي نقد الأقوال المطروحة وتزييف الأدلّة المعتمدة، وهي مهمّة صعبة ـ إن لم نقل مستحيلة ـ خاصّة إذا لاحظنا أن من يواجههم الشيخ هم عيون البشر وجهابذة العلم كالطوسي والمحقّق والحلّي والشهيدين من المتقدّمين وغيرهم من المتأخّرين، لكنّه رحمه الله لا تهابه العناوين والأشخاص في مجابهة النقد العلمي، رغم تقديره البالغ لهم، فتراه خلال أسطر قليلة ينسف آراء مدرسة عَلمٍ من الأعلام كانت لها السيادة طوال قرون عديدة، فيبني علىٰ انقاض المدرسة المنهارة، باجتهاده العميق، واسلوبه البديع، كياناً جديداً مطابقاً لروح الشريعة، ومقتضيات الزمان، مع فهمٍ جديد لها، ترتاح له النفس، ويسكن إليه القلب. وهذه الخصائص والمميّزات هي التي أدّت إلىٰ سيادة مصنفات الشيخ وآرائه علىٰ الحوزات الشيعية مدّةً تزيد علىٰ قرن ولازالت، وأصبح مصنّفان من مصنّفات الشيخ وهما كتاب (فرائد الأصول) المشتهر بـ(الرسائل) في أصول الفقه، و(كتاب المكاسب) في فقه المعاملات مدار الدراسة في مرحلتي السطح والخارج. أمّا كتاب المكاسب فقد فاق قرينه في الشهرة والعناية وذلك لأسباب عديدة أهمّها كونه آخر مؤلّفات الشيخ، حيث كتبه وهو في قمّة نضجه العلمي، وكمال منهجيّته الفقهيّة والأصوليّة، واستقامة مبانيه في مباحث المعاملات، وذلك بعد أن درّس المادّة، وناقش أُسسها ومبانيها مع أفاضل تلامذة درسه، فخرج الكتاب جامعاً مانعاً، بعيداً عن الهفوات والزلّات، وتضارب البناء مع المبنىٰ، كما هو المتعارف في مثل هذه الموسوعات الفقهيّة، حيثُ أنّ تنوّع المادّة وتفرعاتها وتشعّباتها أحياناً يُفقد المؤلّف القدرة علىٰ حفظ استقامة البحث ومنهجيّته، فيقعُ في هفواتٍ وزلّاتٍ وتناقضاتٍ تؤدّي إلى هبوط القيمة العلمية للتأليف، هذا فضلاً عن أنّ الكتاب متفردٌ في مادّته وأسلوبه، فقد فاق فيه من تقدّم عليه ولم يلحق به من تأخّر عنه، وهذه الصفات هي التي حَدَتْ بشيخ

القانونيين العرب، وصاحب التأليفات المشهورة في القانون المدني، الدكتور عبدالرزّاق السنهوري، أن يُطلق كلمته المشهورة من علىٰ منبر كلّية الحقوق بجامعة بغداد في الستّينيّات من هذا القرن، فإنّه بعد أن أوصىٰ الحقوقيين العراقيين بالاستعانة بفقه الإماميّة وأصولها وجعلها من مصادر التشريع الرئيسيّة في سنّ القوانين المدنيّة والجزائيّة في الدول الإسلاميّة وخاصة العراق قال مامضمونه: «إنّني لم أكن أعرف قبل سفري إلىٰ العراق آراء الشيخ الأنصاري ونظريّاته في فقه المعاملات والتجارة، ولو وقفتُ عليه قبل تصنيفي لكتاب (نظرية العقد) لكنت قد غيّرت أو بدّلت أو عدّلت أو صححت كثيراً من نظرياتي في هذا الكتاب».

وقد حظي كتاب المكاسب باهتمام العلماء منذ أن بزغ نوره للوجود سنة ١٢٨٠هـ، حيث كُتبت عليه حواش وتعليقات عديدة، ولعلّ من أوائل من شرحه وعلّق عليه تلميذه وخريج مدرسته، ألا وهو شيخنا الهمداني ﷺ، ولكن للأسف بقيت حاشيته مخطوطة حبيسةً في زوايا المكتبات الخاصّة، ولم يطّلع عليها إلّا بعض النابهين من الأعلام، وممّن يفتّشون عن دقائق الآراء دون رقائقها، ولما كانت وجهة شيخنا العلّامة آيةالله العظمىٰ الوحيد الخراساني ـ دام ظلّه الوارف ـ في محاضراته عن فقه المعاملات المبنيّة علىٰ كتاب المكاسب وديدنه طرح الأفكار الجديدة، والتعرّض لآراء الأفذاذ من شرّاح «المكاسب» كالنائيني والإصفهاني واضرابهما، وفك رموز أفكارهم وتحليل نظريّاتهم. رأيتُ أن تحقيق هذه الحاشية ونشرها يندرج في بلورة هذا الهدف ويساعد في كشف جانب من أفكار الشيخ وآرائه المختزلة في عباراته، كما تعدُّ خدمة علمية، ومساعدة في انبثاق رؤية جديدة، وآفاق نظرية حديثة لفقه المعاملات، والتي تتطوّر يوماً بعد يوم بتطوّر الحياة المدنية، وتتوسّع آفاقها ومجالاتها، والله من وراء القصد.

❊ ❊ ❊

ترجمة المؤلّف﵀:

هو الشيخ رضا بن محمّد هادي الهمداني النجفي﵀، الفـقيه، الديّـن، الزاهـد، الورع، الثقة، فريد عصره في طريقته وعلمه وزهده وورعه لم يعهد مثله، كان من أجلّة الفقهاء الورعين، ومن الأصوليّين المحقّقين، والجامع لعلوم مـدرستي النـجف الأشرف وسامرّاء، ولد بمدينة همدان في حدود سنة ألف ومائتين وخمسين هجريّة أو بعدها، درس المبادئ في مسقط رأسه ثمّ هاجر إلىٰ النجف الأشرف فحضر عـلىٰ شيخ العلماء المتأخّرين الشيخ الأعظم مرتضىٰ الأنصاري، ثمّ علىٰ الإمـام المجـدّد السيّد ميرزا محمّد حسن الشيرازي، فلازمه في درسه وحلّه وترحاله، فهاجر معه إلىٰ سامرّاء بصحبته واستفاد من نمير علمه، ثمّ عاد بعد سنوات عديدة إلىٰ النجف الأشرف، بعد أن ذاع صيتُ علمه وفضله، وأصبح من أعلامها، وحلّق حوله جماعة كبيرة، ولُحسن حظّ المترجم له أنّ عدداً من خيرة تلامذته كتبوا عن سيرته وحياته وأخلاقه، منهم العلّامة السيّد محسن الأمين العاملي في (أعيان الشيعة) والشيخ آقا بزرگ الطهراني في (طبقات أعلام الشيعة).

قال الشيخ الطهراني: «الشيخ آغا رضا ابن الشـيخ محـمّد هـادي الهـمداني

النجفي، من أكابر العلماء المحقّقين، ومشاهير مراجع عصره، كان والده من العلماء الصُّلحاء، وكان هو من أجلّة الفقهاء وأفضل الأعلام، هاجر إلىٰ سامرّاء فلازم درس السيّد المجدّد الشيرازي سنين طوالاً، وكان يكتب تقريراته، وداوم علىٰ ذلك مدّة مديدة إلىٰ أن اشتهر أمره بين العلماء والأفاضل، وبرز بين زملائه الكاملين بروزاً ظاهراً، وعُدّ من أعاظم تلاميذ السيد المجدّد وأبرعهم في الفقه، وأطلعهم في الأصول، عاد إلىٰ النجف في حياة استاذه، فالتفّ حوله جمعٌ من أهل الفضل، واشتغل بالتدريس والتأليف والإمامة وغيرها من الوظائف، وكان ذا اطلاعٍ واسعٍ في الفقه واصوله، وخبرة وتضلّع فيهما، شهد له بذلك جمعٌ من معاصريه وكثير من المتأخرين عنه، وهو من أزهد أهل عصره وأورعهم وأتقاهم، كان يقضي أكثر أوقاته بين مطالعة وتدريس وكتابة وبحث، وكان في غاية الإعراض عن الدنيا والزهد فيها، كما كان علىٰ جانب عظيم من طهارة القلب وسلامة الذات، والبُعد عن زخارف الدنيا، رجع إليه النّاس في التقليد بعد وفاة أستاذه الشيرازي سنة ١٣١٢هـ، و علّق علىٰ كتاب (نجاة العباد) لعمل المقلّدين، لكن ثَقُل عليه ذلك كراهة الرياسة والزعامة، وفراراً من المسؤوليات التي تُلقىٰ علىٰ عاتق المرجع، وكان صادقاً في ذلك حيث رأيناه بعد أن رأس وقلّد كما كان سابقاً لم يتغيّر سيرته ولا مأكله ولا ملبسه، واتّفق أن لم يطل ذلك، فقد ابتلىٰ بالنسيان بعد فاصلة غير طويلة، وامتنع عن الفُتيا وبقي مواضباً علىٰ التدريس. وقد تخرج عليه جماعة من الأجلاء منهم:

الشيخ ابوالقاسم بن محمّد تقي القمّي، والشيخ محمّد تقي الطهراني المقدّس، والشيخ جعفر آل الشيخ راضي، والشيخ علي القمّي، والشيخ عبدالحسين ابن الشيخ محمّد تقي آل الشيخ اسد الله التستري الكاظمي، والسيد محسن الأمين العاملي، وابن اخته وصهره الشيخ علي الهمداني، والشيخ علي ابن الشيخ باقر الجواهري، والشيخ علي الحلّي، والاخوان الشيخ أحمد والشيخ محمّد الحسين آل

كاشف الغطاء، والشيخ جواد البلاغي، والسيد شكور الطالقاني، وعدّة من آل صاحب الجواهر وآل كاشف الغطاء وغيرهم وهؤلاء من فضلاء الطبقة الأخيرة من تلاميذه الذين أدركت بحثه معهم.

ومن قدماء تلاميذه: الحاج محمّد حسن كُبّه (كما حدّثني به رحمه الله)، والسيد حسن الصدر (كما ذكره في بغية الوعاة)، وغيرهما أيضاً ممن لا أذكر أسمائهم.

وكانت له مع تلاميذه وغيرهم من مختلف الطبقات سيرة حسنة، يتواضع لهم، ويدربهم ويفيدهم بأعماله كما ينفعهم ويهذّبهم بأقواله، وقد تأثّر بسيرته جمعٌ من تلامذته فكانوا نظرائه في حسن السمعة عند الناس، وكان مترسلاً في العيش إلىٰ أبعد حدّ، يمشي في الليل والنهار وحده دون أن يكون بخدمته أحدٌ من تلامذته أو غيرهم، فقد كان لا يسمح لهم بذلك، وكانت العادة في ذلك العصر أن يُحمل امام العلماء والأعيان سراجٌ في الليل، اما المترجم له فكان غير حاضرٍ لذلك أيضاً، وكان يجلس مع تلامذته وأصحابه وكأنّه أحدهم، يترسّل في حديثه وجلسته، لم يسمع عنه أنّه استغاب أحداً طيلة عمره، وكان لا يسمح لأحد أن يغتاب آخر في مجلسه، فإذا أحسّ بمثل ذلك أورد مسألة علميّة في الحال وصرفهم عما كانوا فيه، وكان يقيم الصلاة بمسجدٍ قرب داره لم يزل يُعرف باسمه حتى اليوم، وكان يأتمّ به الأخيار والأتقياء، مرض في الأواخر بالسلّ، فسافر إلىٰ سامرّاء لتغيير الهواء، فتوفّىٰ بها صبح الأحد ٢٨ صفر عام ١٣٢٢هـ عن نيّفٍ وسبعين سنة، ودفن في الرواق الشريف من جانب أرجل الإمامين عليهما السلام في الصُّفة الأخيرة التي يطلع شباكها إلىٰ زاوية الصحن المنوّر»[١].

هذا وقد أسهب تلميذه الآخر العلّامة السيد محسن الأمين العاملي في ترجمته خلال عدّة فصول فتحدّث عن وصف حاله العلمية، وزهده وورعه وتقواه، ووثوق الخاصّة والعامّة به بما لا يثقونه بغيره، وتواضعه الشديد وحمله نفسه عليه في

١ ـ نقباء البشر في القرن الرابع عشر: ج ٢/ ٧٧٨ ـ ٧٧٦

كلّ شيء، وكراهة الشهرة وانعزاله عن النّاس، ومبدأ أمره ومنتهاه، وبعض آرائه العلميّة، وبعض أحاديثه، وولده ومشايخه وتلاميذه ومؤلّفاته، كلّ ذلك في الجزء التاسع ص٢٣ ـ ١٩ من كتاب (أعيان الشيعه) فراجع.

مؤلّفاته:

ترک شيخنا الهمداني آثار جليلة أهمّها وأشهرها:

١ ـ **مصباح الفقيه**: وهو الكتاب الذي نال به مؤلّفه شهرته الخالدة في الفقه، بل انتسب المؤلِّف إلىٰ المؤلَّف، واشتهر بأنّه صاحب (مصباح الفقيه)، وقيل في حقّه أنّه لا يستغني عنه الطالب المتوسط والفقيه المجتهد المتمرس، وهو شرح مزجيّ لكتاب (شرائع الإسلام) للمحقّق الحلّي، وكانت طريقته في تأليفه أنّه في كلّ يوم كان يكتب منه مقدار صفحة ثمّ يمليها في صبيحة يوم التالي علىٰ تلامذته في مجلس البحث، فربّما كانوا ينتقدونه في بعض العبارات ويدوّن ما اجتمع رأيهم عليه أخيراً، وقد خرج منه كتاب الطهارة والصلاة والزكاة والخمس والصوم والرهن، وقد حالت المنيّة بين المؤلّف وإكماله للكتاب، وقال آية الله العظمىٰ السيّد محمّد الروحانيؒ لو كانت دورة «مصباح الفقيه» كاملة لأستغنىٰ الفقهاء عن كتاب (جواهر الكلام). وقد خرج هذا السفر أخيراً في طبعة محقّقة وباخراج جميل في ١٤ مجلّد على نفقة المحسن الكريم الحاج محمد تقي علاقبنديان، دام فضله.

٢ ـ **ذخيرة الأحكام في مسائل الحلال والحرام**: وهي رسالته العملية لمقلّديه في العبادات، وقد ترجمت إلىٰ الفارسية باسم (الهداية) سنة ١٣١٩هـ.

٣ ـ **الوجيزة في الفقه**: وهي في مهمّات مسائل الحلال والحرام ممّا يتعلّق بالطهارة والصلاة والصوم.

٤ ـ **حاشية الرسائل**: وقد سمّاها بـ(الفوائد الرضويّة علىٰ الفرائد المرتضويّة) فرغ منها في ٢١ جمادى الأولىٰ سنة ١٣٠٨هـ، وطبع سنة ١٣١٨هـ بطهران طبعة حجرية.

٥ ـ تقريرات: من أوّل كتاب البيع إلىٰ آخر الخيارات لبحث استاده الميرزا محمّد حسن الشيرازي ﷺ.

٦ ـ تقريرات: في أصول الفقه لبحث استاده الميرزا محمّد حسن الشيرازي ﷺ.

٧ ـ الحاشية علىٰ (رياض المسائل).

٨ ـ الحاشية علىٰ كتاب (نجاة العباد).

٩ ـ حاشية المكاسب: وهو هذا الكتاب، حيثُ ضمّنه المصنّف تعليقاته علىٰ كتاب (المكاسب) للشيخ الأنصاري، وهي تبدأ من كتاب البيع وتنتهي في آخر مباحث كتاب الخيارات، والحاشية من بدايتها إلىٰ منتصفها أشبه بالتقريرات حيث لم يُعلّق علىٰ أقوال الشيخ في (المكاسب) إلّا نادراً، بل يذكر عناوين الأبواب والفروع والمسائل المطروحة في كتاب (المكاسب) ومن ثمّ يشرع في بيان المسائل المطروحة بالتفصيل، وهذا الكتاب مثل بقية مصنّفاته ﷺ مشحونٌ بالتحقيقات الفقهيّة والتطبيقات الأصولية، مع سلاسة البيان، وعذوبة الجملات واسترسالها، ممّا قلّ نظيره في أمثاله من كتب الحواشي والتعليقات، فيأخذ بلُبّ القارئ، ويجعله يسير معه إلىٰ نهاية المطاف، أمّا عن تاريخ تأليف المصنّف لهذه الحاشية فإنّنا لا نمتلك مؤشراً في كلمات تلامذته ولا ترجمة حياته ولا في خاتمة نسخها المخطوطة ترشدنا إلىٰ تاريخ التصنيف، إلّا ما أشار إليه بعض الفضلاء نقلاً عن آية الله العظمىٰ السيّد محمّد الروحاني ﷺ «في مجلس بحثه أنّه كانت له حاشية كتبها في شبابه»[١]. والظاهرة الجديرة بالاهتمام هي كثرة مخطوطات هذه الحاشية دون بقيّة مصنّفاته، وخاصّة عند أعلام الحوزة العلميّة كالشيخ محمّد حسين الإصفهاني والشيخ حسين الحلّي وغيرهم ممّا يدلّ علىٰ عناية أهل العلم والفضيلة بها وحرصهم علىٰ اقتناء نسخة منها.

---

١ ـ حاشية المكاسب: للشيخ محمّد حسين الإصفهاني، ١ / ص ج

النسخ المعتمدة في تحقيق الكتاب:

سبق لنا الإشارة إلىٰ كثرة نسخ هذا الكتاب، وقد استفدنا في تحقيقنا هذه من نسختين وهما:

١ ـ نسخة بحر العلوم: نسبةً إلىٰ ناسخها، وهو العلّامة الحجّة السيّد محمّد صادق بن حسن آل بحر العلوم، وكان رحمه الله جمّاعاً لنفائس المخطوطات، وقد حوت مكتبته الخاصّة الشهيرة الأعلاق والنفائس، وكان عالماً فاضلاً عارفاً بالفقه والأدب والحديث والتاريخ، فيختار المخطوطات النفيسة، وبخطوط مصنّفيها فينسخ لنفسه نسخةً منها، ولذلك كثرت عنده النسخ الصحيحة البعيدة عن الأغلاط والهفوات والسقطات المتداولة عند أغلب ناسخي المخطوطات. ومخطوطتنا هذه كاملة في ٣٢٢ صفحة من أوّل أبحاث كتاب البيع إلىٰ آخر مباحث كتاب الخيارات، وقد كتبها الناسخ بخطّه الجميل وجاء في نهايتها قوله:

«إلىٰ هنا جفّ قلمه الشريف قدّس الله نفسه وطيّب رمسه، وقد تمّ استنساخه علىٰ يد أقلّ الطلبة عملاً وأكثرهم زللاً تراب أقدام المؤمنين محمّدصادق بن حسن بن ابراهيم بن الحسين بن الرضا ابن العلّامة محمّد مهدي الشهير ببحر العلوم الطباطبايي البروجردي الغرويّ في اليوم التاسع عشر من شهر ذي‌القعدة من سنة الألف والثلاثمائة والاثنين والأربعين من الهجرة النبويّة عليه آلاف السلام والتحيّة. آمين».

وقد ذكر الناسخ في تضاعيف الكتاب أنّه استنسخ جزءاً مهماً من الحاشية من نسخة آية الله الشيخ حسين الحلّي، وكان رحمه الله من أعيان تلامذة النائيني قدّس الله نفسه، وعُدّ بعد وفاة شيخه من فقهاء النجف العظام، وقد تخرّج عليه ثلّةٌ من الأعلام وطبعت دروسه وتقريرات أبحاثه، وقد اعتمدنا علىٰ هذه النسخة للمواصفات التي ذكرناها وجعلناها أصلاً في تحقيقنا. وقد حصلنا علىٰ مصورّة هذه النسخة من الأقراص الكمبيوترية الحاوية لصور مخطوطات مكتبات النجف

الأشرف المشتهر بـ(الذخائر)، فشكراً لمساعي القائمين علىٰ إنجاز هذا العمل الجبّار، وجزاهم الله عن الإسلام والمسلمين خيراً.

٢ ـ نسخة مشهد: وهي برقم ٨٨٥٥ في مكتبة (آستان قدس رضوي) بمشهد الإمام الرضا عليه السلام، بمواصفات: ٢٢٠ صفحة، ١٦×٢٢سم. وهي نسخة كاملة من الحاشية، وقد أخطأ كاتبها حيث قال في بداية الكتاب: (هذه من جملة تقريرات سيد الفقهاء والمجتهدين، وسند العلماء الراشدين، رئيس الإسلام، وحجّة الله علىٰ الأنام، مولانا وملاذنا الحاج ميرزا محمّد حسن الشيرازي أدام الله ظلّه العالي علىٰ مفارق المسلمين، جمعه تلميذه عُمدة الفقهاء المتبحرين الآغا محمّد رضا الهمداني علىٰ نحو التعليقة علىٰ متاجر الشيخ رحمه الله). فهذه الحاشية ليست تقريرات بل هي تعليقات للهمداني علىٰ مكاسب الشيخ الأنصاري، وإن كان له رحمه الله تقريرات من دروس شيخه الميرزا محمد حسن الشيرازي، لكنّها غير هذه التعليقة.

وقد حصلت شاكراً علىٰ مصوّرة هذه المخطوطة من صديقنا الحجّة سماحة الشيخ عبدالله حسن آل درويش حفظه الله.

عملنا في تحقيق الكتاب:

١ ـ تقويم النصّ وتقطيعه بحسب ما هو متعارف عند أهل الفنّ.

٢ ـ تخريج النصوص المنقولة من كتاب (المكاسب)، وقد أرجعنا التخريجات إلىٰ النسخة الحجرية المتداولة، وذلك لكثرة تداولها، ووفرة نسخها عند أهل العلم من جهة، ومن جهة أخرىٰ كثرة الأخطاء المطبعيّة في الطبعات الحروفيّة المتعدّدة، أو أنّها غير تامّة مثل النسخة المصحّحة من قبل الشيخ أحمد البايابي رحمه الله، فكانت أصحّ النسخ التامّة هي الحجرية.

٣ ـ إضافة العناوين الأصليّة للفروع التي تعرض لها المحشّي من كتاب (المكاسب) وعلّق عليها، وقد جعلتها في مستطيل الظلّ.

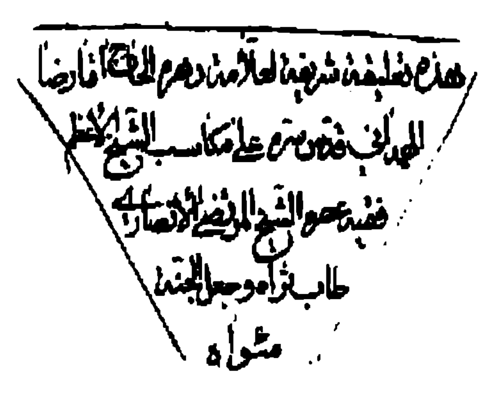
٤ ـ تخريج ما أمكن تخريجه من الروايات والأحاديث التي استشهد بها المصنّف.

٥ ـ تقديم الكتاب بمقدّمة ضافية عن المعلّق والمعلَّق على كتابه، أي الشيخ الهمداني والشيخ مرتضىٰ الأنصاري رحمها الله تعالى.

وفي الختام ابتهل إلىٰ الله العلي القدير لتوفيقه إيّاي في إخراج هذا الكتاب إلىٰ الملأ العلمي والحوزات العلميّة، وأقدّم شكري لكلّ من ساعدني في إخراج الكتاب معنويّاً وماديّاً وأخصّ بالذكر الباذل الكريم **الحاج محمد تقي علاقبنديان** دام فضله حيث طبع هذا الكتاب وغيره على نفقته الخاصة، فشكر الله مساعيه وأجزل له الأجر والثواب، **وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.**

محمّد رضا الانصاري القمّي

صفر ١٤٢٠ هجريّة


هذه تعليقة شريفة للعلامة [illegible] آقا رضا
الهمداني قدس سره على مكاسب الشيخ الأعظم
فقيه عصره الشيخ المرتضى الأنصاري
طاب ثراه وجعل الجنة
مثواه

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وعترته الطاهرين ولعنة الله على أعدائهم أجمعين
إلى يوم الدين كتاب البيع قبل الشروع في المقصود لا بد من بيان معنى البيع وأنه هل للشارع أو المتشرعة فيه اصطلاح
خاص أو هو مستعمل في معناه المتعارف عند أهل العرف فنقول الظاهر أنه مستعمل عند الشارع والمتشرعة في معناه
العرفي ولا اصطلاح لهما فيه بالخصوص فالشارع ومن تابعه يستعملونه عند الكلام مع أهل العرف على طبق استعمالهم له
فيما بينهم مضافا إلى كون ما نسب إليهم موافقا للأصل لأن الأصل عدم النقل ما لم يثبت النقل وهذا ظاهر ولكن الشأن
في معرفة معناه العرفي لكونه من الأمور المهمة في المقام لترتب الأحكام المترتبة عليها لكونه موضوعا لها وكونه لم يتبين
كما سيظهر فيما بعد إن شاء الله ولا يخفى أن تعريفه هذا ونظائره من الألفاظ على قسمين تارة يحصل بإيراد خواص
المعرف بحيث يمتاز مصاديقه من جميع ما عداه مثلا يعلم أن المعاملة الكذائية بيع لا إجارة ولا صلح [illegible]
البيع فيها وتارة ببيان معناه وشرح اسمه بإيراد مرادفه وهذا المعنى هو المراد في المقام من بيانها وبعبارة أوفى المقصود
في المقام معرفة ما يفهم من لفظ البيع في المحاورات وهو كما حكي عن المصباح أنه مبادلة مال بمال والظاهر اختصاص
المال بالأعيان فلا بيع للمنفعة ولا يخفى أن مطلق المبادلة لا يسمى بيعا بل المبادلة على وجه خاص وهو جعل أحد البدلين
مثمنا والآخر ثمنا [illegible]



مصوّرة الورقة الأولىٰ من نسخة بحر العلوم

انه فبنفسه لا يصلح مانعا عن لغة الارش بعد ثبوت العيب في المبيع اذ عدم اعتباره في اصل المعاوضة لا يستلزم
الغاؤه رأسا وبهذا يمكن المناقشة فيما سيذكره في توجيه كلام العلامة فتأمل ثم ان جعل التصرف في المبيع
كاشفا عن الرضا بالعيوب الخفية لا يخلو عن نظر ولو بعد العلم بالعيب ايضا ولو لم يعلم
عدم جواز الارش فتأمل تم الأصل بخط صاحبه قلمه الشريف قدس
الله نفسه وطيب رمسه وقد تم استنساخه على يد
اقل الطلبة عملا واكثرهم زللا تراب اقدام
المؤمنين محمد صادق بن حسن بن
ابراهيم بن الحسين بن الرضا
بن العلامة محمد مهدي
الشهير ببحر العلوم
الطباطبائي الحسيني
البروجردي الغروي



في اليوم
التاسع من شهر ذي القعدة من سنة الالف والثلاثمائة والاثنين والاربعين من الهجرة النبوية
عليه الاف السلام والتحية آمين



مصوّرة الورقة الأخيرة من نسخة بحر العلوم

تعليقات على متاجر الشيخ ره

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه
محمد وعترته الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين
كتاب البيع قبل الشروع في المقصود لابد من بيان معنى البيع وانه
هل للشارع او المتشرعة فيه اصطلاح خاص او هو مستعمل في معناه
العرفي ولا اصطلاح لهما فيه بالخصوص فالشارع ومن تابعه
يستعملونه عند المكالمة مع اهل العرف على طبق استعمالهم لم ينقلوه
[illegible] هو موافق للاصل لان الاصل عدم النقل ما لم
يثبت النقل [illegible] ولكن الاشكال في معرفة معناه العرفي لكونه من الامور
المهمة في المقام اذ [illegible] الاحكام [illegible] عليها لكونه موضوعا وكونه
ام الباب كما سيظهر فيما بعد ان شاء الله ولا يخفى ان تعريف هذا ونظائره
من الالفاظ على قسمين تارة يحصل بايراد خواص للمعرف بحيث يمتاز
مصاديقه عن جميع ما عداه مثلا يعلم ان المعاملة [illegible]
او الصلح لوجود خاصة فيها وتارة ببيان معناه وشرح اسمه بما
يراد

مصوّرة الورقة الأولى من نسخة مشهد

قبل العلم ولو قبل ثبوتها لقيام فلم يلزم من جواز الرد به وقد ظهر مما ذكرنا أن
استحقاق الأرش أيضاً كاستحقاق الخيار قابل للمناقشة بعد دعوى انصراف الأدلة عنه
لا نعلم ... فتأمل قوله فإن المشتري لما أقدم على معاوضة
بلا خراج أقول جعل الإقدام بالمعاملة منشأ لما ذكره لا يخلو عن تأمل لأن دعوى الانصراف
لكون العلم بالعيب شرطاً في تحقق الخيار مع أنه لم نلتزم به وإنما ما ذكرهم للأرش
وللأرش فإنما إذا أخللنا بنفس الإشكال بعد الزوال في جواز الرد فهي ...
مبني على عدم ظهور الروايات في اختصاص الرد بكون المردود معيباً ما دام مردوداً
وتأمل أنه حكم من أحكام المعاملة الربوية على تقدير تأثيرها بحيث لا يؤثر فيه علم المشتري
مع أنه لا يتصور الإقدام في صورة جهله بالحكم وغفلته عن العيب مما هو لها فيه
المعاوضة وقد أقدم عليها مع ما يتبعها من الآثار الشرعية فالأولى أن يستند في
الأرش مطلقاً حتى بعد زوال العيب بعد الرد بأدلة الربا لو كان فيها ما يقضي بالمنع
وأما مجرد عدم جواز اعتبار وصف الصحة في المعاملة الربوية من حيث المالية فلا
الربوية بحيث يقابل بالمال زائد على الطرف الآخر فلعل عرفاً أن منعه لا يصلح مانعاً
أخذ الأرش بعد تبين العيب في المبيع أن عدم اعتباره في أصل المعاوضة لأنه يستلزم
إلغائه رأساً وبهذا يمكن الخدشة فيما سنذكره في توجيه كلام العلامة ره فتأمل ثم
لا يجعل التصرف في المبيع كاشفاً عن الرضا بالمعيوب لتفاوت لا يخلو عن نظر ولو بعد العلم
بالعيب إلا أنه لم يعلم عدم جواز الأرش تمت

مصوّرة الورقة الأخيرة من نسخة مشهد

كتاب البيع



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين والصّلاة والسّلام علىٰ خير خلقه محمّد وعترته الطّاهرين، ولعنة الله علىٰ أعدائهم أجمعين إلىٰ يوم الدين.

[تعريف البيع]

قبل الشروع في المقصود لابدّ من بيان معنى البيع، وأنّه هل للشارع أو المتشرّعة فيه اصطلاح خاصّ، أو هو مستعملٌ في معناه المتعارف عند أهل العرف؟

فنقول: الظّاهر أنّه مستعمل عند الشّارع والمتشرّعة في معناه العرفي ولا اصطلاح لهما فيه بالخصوص، فالشّارع ومن تابعه يستعملونه عند المكالمة مع أهل العرف علىٰ طبق استعمالهم له فيما بينهم، مضافاً إلى كون ما ندّعيه موافقاً للأصل، لأنّ الأصل عدم النّقل ما لم يثبت النّقل وهذا ظاهرٌ، ولكنّ الشّأن في معرفة معناه العرفي لكونه من الأمورات المهمّة في المقام إذ به تدور الأحكام المترتّبة عليها لكونه موضوعاً لها وكونه امّ الباب كما سيظهر فيما بعد إن شاء الله تعالىٰ.

ولا يخفىٰ أنّ تعريف هذا ونظائره من الألفاظ علىٰ قسمين:

تارةً: يحصل بإيراد خواصّ للمعرَّف بحيث تمتاز مصاديقه عن جميع ما عداه،

مثلاً يعلم أنّ المعاملة الكذائية بيعٌ لا إجارةٌ أو صلحٌ لوجود خاصيّة البيع فيها.

وتارة: ببيان معناه وشرح اسمه بإيراد مرادفه، وهذا المعنى هو المراد في المقام من بيانها.

وبعبارة أوفىٰ: المقصود في المقام معرفة ما يُفهم من لفظ البيع في المحاورات.

وهو كما حُكى عن المصباح[1]: أنّه مبادلة مالٍ بمال.

والظاهر اختصاص المال بالأعيان فلا يعمّ الحقوق.

ولا يخفىٰ أنّ مطلق المبادلة لا تسمّى بيعاً، بل المبادلة علىٰ نحو خاصّ وهي ما لو جُعل أحد البدلين متاعاً والآخر قيمةً له.

وبعبارة أُخرىٰ: جَعْل أحد المالين أصلاً والآخر بدلاً بنحوٍ من الإعتبار من دون عكس.

وأمّا المبادلة التي ليس فيها هذا الإعتبار كالمعاوضة بين شيئين حيث يصدق على كلّ واحد منهما أنّه عوضٌ وعلى الآخر أنّه معوّضٌ وبالعكس فلا يُسمّى بيعاً في العرف، وعلى هذا لابدّ أنْ يُحمل كلام القوم حيث قالوا: «إنّه مبادلة مالٍ بمال» على القسم الأوّل من المبادلة لئلّا ينتقض التّعريف بالقسم الثاني، ولا يبعد إرادتهم من العبارة هذا المعنى، بل يمكن ادّعاء ظهورها في هذا القسم لمكان الباء حيثُ أنّها ظاهرة في مثل المقام في جعل مدخولها بدلاً عن الغير من دون اعتبار جعل الغير بدلاً عن المدخول، وإذا لاحظنا المالين بهذا الاعتبار يصير ذلك الغير متاعاً والمدخول قيمةً له وتكون الباء بدليّة.[2]

وهذا الذي استظهرناه هو المتبادر من قولهم «بعتُ هذا بهذا»، ولذا يجعلون

---

١ ـ المصباح المنير: ١/٦٩.

٢ ـ وتوضيح الإستظهار بالفرق بين قولنا إنّ البيع مبادلة مال بمال أو انّه المبادلة بين المالين، حيث أنّ الأوّل ظاهرٌ في كون أحدهما أصلاً والآخر فرعاً بخلاف الثاني لأنّ الظّاهر منه كون المالين في عرضٍ واحد علىٰ حدّ سواء، فافهم، (منه رحمه الله).

الفقهاء امارة الثمن والمثمن في خيار الحيوان إذا كان كلّ واحد منهما حيواناً مع القول باختصاصه للمشتري ما كان منهما مدخولاً للباء.

هذا وإنْ أبيت إلّا عن ظهور تعريفهم في العموم، فنلتزم بانتقاض التعريف وفساده.

ولكن الإنصاف ظهوره فيما قلنا.

ثُمّ لا يخفىٰ أنّه يُشكل بما ذكرنا من عدم كون مطلق التمليك بيعاً بل هو التّمليك الخاص، ما ذكره بعضٌ من أنّ مطلق التمليك هو البيع فلو علم التمليك وشكّ في كونه بيعاً يحكم بالبيعيّة، وعلىٰ ما ذكرنا من ثبوت الواسطة لابدّ من الرّجوع إلى الأُصول الجارية فيه، فافهم.

وبما ذكرنا من أنّه مستعملٌ في معناه العرفي ظهر فساد ما قيل من أنّه «عبارةٌ عن العقد الخاصّ الواقع بألفاظٍ مخصوصة»، أو «عن المعنى المعبّر عنه بألفاظٍ خاصّة»، بل هي عبارةٌ عن «تمليك الغير مالاً عوضاً عن مال».

واعتبار لفظ الإنشاء في المقام كما اعتبره بعض حيث قالوا: «إنّه عبارةٌ عن إنشاء التّمليك» بظاهره لغوٌ، ضرورة أنّ التمليك عبارة عن إنشاء الملكيّة فاعتباره غير محتاج إليه إلّا بالتوجيه، إلّا أنّ مطلق التّمليك بالعوض أيضاً ليس بيعاً بل التّمليك الخاص الّذي أشرنا إليه وهو كونه بحيث يصدق على أحدهما أصلاً وعلى الآخر قيمة من دون عكس.

ثمّ إنّك بعدما عرفت من أنّ البيع مستعمل في معناه العرفي وليس له حقيقة شرعيّة، وأنّ استعمالاته ـ ولو في بعض الموارد الخاصّة ـ كاستعمالات أهل العرف من دون تغيّر في حقيقة معناه ولو حين اثبات بعض الآثار له أو سلب بعضها عنه إذ ذاك لا يستلزم تغيير المعنى، تعلم أنّ إقحام بعضهم كلمة شرعاً ليس على ما ينبغي إذ ليس معناه الشرعي مغايراً لمعناه اللّغوي.

والقول بأنّه عبارة عن العقد لا وجه له، إذ ليس ذلك معناه العرفي، والظاهر

اتحاد معناه العرفي مع الّلغوي أيضاً، مضافاً إلى كونه مؤيّداً بالأصل.

وبما ذكرنا من أنّ المراد من التّعريف شرح اسمه، وبيان ما هو الموضوع له، وما هو المفهوم منه بإيراد ما يرادفه كما هو شأن الّلغوي، لا بيان ماهيّته وحقيقته بذكر حدّه أو رسمه بذكر بعض خواصّه، ظهر لك أنّ التعريفات الّتي ذكروها له لا تخلو عن مسامحة.

فمنها: ما نقلناه عن المصباح من «أنّه مبادلة مالٍ بمال».

توضيح التّسامح: أنّه فسّر البيع بالمبادلة مع أنّ البيع وصف البايع فقط وهو أحد المالكين الّذي بيده ما فرضناه أصلاً، والمبادلة فعل الطّرفين فليس التّفسير بالمرادف.

إنْ قلت: كما أنّه يتّصف به مالك الأصل، قد يتّصف به مالك القيمة أيضاً، أعني المشتري، فهذا يكشف عن كونه للجامع بينهما وهو مطلق المبادلة.

قلت: لو سُلِّم كونه حقيقةً فيه فمن قبيل الصّفات الّتي وضعت للضدّين كالقُرْء فانّه للطُّهر والحيض لا لكونه موضوعاً للجامع بينهما، كيف ولو لم يكن كذلك لما صحّ إطلاقه في خصوص كلّ واحدٍ، مع أنّه يستعمل في خصوص البايع أو المشتري لا في كليهما في استعمال واحد!

ولو قلنا: بوضعه للجامع بينهما لابدّ أنْ يكون موضوعاً لجامعٍ أعمّ مِنْ مطلق المبادلة بحيث يصدق مع كليهما وكلّ واحد منهما، ولايخفىٰ بُعده.

وكذا تفسيره بأنّه: «انتقال ملكٍ من مالك إلىٰ مالك آخر».

وجه المسامحة: أنّ الانتقال صفة المبيع، والبيعُ صفة البايع، فليس البيعُ انتقالاً بل الإنتقال هو الأثر الحاصل من فعلهما.

وكذا تعريفه بأنّه: «نقلُ ملكٍ من مالكٍ إلى مالكٍ آخر» كما حُكي عن جامع المقاصد[١].

---

١ ـ جامع المقاصد: ٤/٥٥.

وجه المسامحة: أنّ النقل وإن كان فعل البايع إلّا أنّ ما يفهم من النّقل مغايرٌ لمفهوم البيع، إذ النّقل عبارة عن تحريك شيء من مكان إلى مكان آخر واستقراره فيه، وليس هذا معتبراً في البيع بل ولا يصحّ في البيع الكلّي إذ الكلّي غير موجود حتّى ينقل إلى المشتري، والشّيء المنقول لابدّ أن يكون موجوداً.

إنْ قلت: إنّ البيع عبارة عن النّقل وذلك لا يقتضي أن يتحقّق النّقل حين المعاملة بل يصدق لو تحقّق بعد إجراء الصّيغة بزمان.

قلت: إرادة هذا المعنى الأعمّ ينافي قوله «من مالكٍ إلى مالكٍ» إذ لا يصدق عليه ما دام كون المبيع كلّياً أنّه مالكٌ إذ هو غير موجودٍ فلا يُتّصف بالملكيّة، فتأمّل، فانّه يجوز اتّصافه بالماليّة باعتبار وجوده الّذي يعرضه فانّ له بهذا الإعتبار نحواً من الوجود كما سنبيّنه إن شاء الله تعالى، فبهذا الاعتبار قابلٌ للانتقال كما لايخفىٰ.

فالأولى في التّعريف أنْ يقال: «إنّه عبارة عن تمليك الغير مالاً بعوض» بمعنىٰ صيرورة الغير ذا ملك، فيشمل بيع الكلّي إذ به يصير الغير أعني المشتري ذا ملك علىٰ ذمّة البايع وعهدته، وكذا غيره من البيوع، والمراد من المال ما يقابل المنفعة والحقوق حيث لا يصدق عليها المال.

ويعمّ المال الموجود الخارجي وما في الذمّة، أعني الأموال الكلّية حيث يصدق عليها لفظ المال لصحّة قولك:«من مال زيد في ذمّة عمرو كذا».

إنْ قلت: المِلْك من الإضافات الخارجيّة، بمعنى أنّ متعلّقه لابدّ أن يكون موجوداً خارجيّاً، ولا تتّصف الكليّات بالملكيّة حتّى يصحّ تمليكه.

قلت: سلّمنا نفس الكليّة لا يتّصف بالملكيّة، ولكنّه يتّصف بها بعد تحقّقها في ضمن الأفراد، فقولنا: «تمليك الغير مالاً» يعني ما يتّصف بالماليّة ولو بعد البيع، وبعبارة أُخرى أنّ لهُ شأنية التمليك.

إنْ قلت: فليعتبر مثل ذلك في النّقل المأخوذ في التعريف حتّى لا يرد النّقص بالكلّي، لأنّ له شأنيّة الانتقال.

قلت: المِلْك وإن كان من الإضافات، لكن اتّصاف الشّيء به أمرٌ عرفي، بمعنى أنّهم يُطلقون في موارد استعمالاتهم لفظ المِلْك على الأعيان الخارجيّة ولا يصفون به الكلّيات من حيث كونها كلّياً، ولكنّه قد يتّصف الكُلّي بالملكيّة باعتبار تحقّقها في الخارج، وليس هذا أيضاً مطلقاً بل فيما إذا التزم شخصٌ إيجاده لشخص آخر بنحو من الالتزامات فحينئذٍ يقولون: «إنّ له عليٰ ذمّة فلان كذا من الدّراهم» مثلاً، وظاهرٌ أنّ معناه أنّ فلاناً مالك لما في الذمّة لمكان الّلام لأنّه للملك، فظهر أنّ الكُلّي بهذا الاعتبار صالح للملوكيّة فعلاً حين المعاملة[1] لا أنّه يصير ملكاً فيما بعد، بخلاف النّقل إذ الكلّي المتّصف بالملكيّة بالتّقريب المذكور لا يتّصف عند العرف بانتقاله من ذمّة البايع إلى ملك المشتري، مضافاً إلى أنّ انتقال ما في الذمّة في المقام غير متصوّر وإنْ جاز تصويره في بعض المقامات كما في الحوالة مثلاً إذ المقصود انتقال الموجود الخارجي الّذي يتحقّق الكلّي في ضمنه وهو لم يتحقّق بعد، غاية الأمر أنّ النقل ملازمٌ للبيع وهذا لايكفي في صحّة التعريف، لأنّا قد بيّنا أنّ المراد في المقام شرح الّلفظ بإيراد مرادفه أو بإيراد ما يوجب تصوّر المفهوم الّذي وُضع الّلفظ الّذي أُريد تفسيره له، بحيث يُعلم أنّ الموضوع له هو هذا المعنى ـ كما هو شأن الّلغوي ـ لا التحديد لماهيّة البيع سواء وضع بازائها لفظٌ أم لم يوضع ـ كما هو الحال في حدود الماهيّات ـ ولا رسم الماهيّة كذلك بذكر بعض خواصّها وما يلازمها حتّىٰ تمتاز الماهيّة عمّا عداها، وقد عرفت أنّ النّقل من حيث المفهوم مغاير للبيع فلايصحّ تفسيره به، بل التّفسير لابدّ أن يكون بلفظ التّمليك على الوجه الّذي ذكرنا أو ما يرادفه حتّى يتحصّل المفهوم في الذّهن، وليس التّمليك مرادفاً للبيع مع قطع النّظر عن القيودات المذكورة، ولكنّه بسبب تلك القيودات وانضمامها إليه يتصوّر الموضوع

---

١ ـ وله نحوٌ من الوجود بهذا الإعتبار، وإنْ شئت سمّه موجوداً شأنيّاً وصالحاً للإتّصاف المذكور حيث أنّ الأمر بنظر أهل العرف وهم يَصفون الكلّي بهذا الاعتبار بالملكيّة. فافهم، (منه رحمه الله).

له بعينه.

وهذا المقدار يكفي في تفسير اللّفظي.

ثمّ انّه لا خفاء ولا إشكال في انّ لفظ التمليك ظاهر في تحقّق الملكيّة الواقعيّة وحصولها في الواقع، فلفظ «ملّكتُ» بظاهره يدلّ علىٰ حصول الملكيّة في الواقع المستلزم لتملّك الطّرف المقابل، نظير لفظ «التعليم» حيث أنّ تحقّقه مستلزم لتعلّم الطّرف المقابل، فلا يصدق علّمته عند انتفاء التعلّم، وكذا الملكيّة عند انتفاء التملك، وقضيّة التمليك الواقعي ثبوت التملّك الواقعي وانتفائه بانتفاه[1]، ولا ريب أنّ البيع ليس عبارة عن التّمليك بهذا النّحو أعني التّمليك الواقعي، بل البيع عبارة عن إيجاد الملكيّة وانشائها التي هي مدلولةٌ لـ(بعتُ) إذا كان انشائيّاً، بخلاف الأوّل فانّه مدلوله الأخباري، وحينئذٍ لو تعقّب الإنشاء القبول تحصل الملكيّة الواقعيّة، وإلّا فلا يترتّب على إنشائها أثر، وهذا هو الوجه في اعتبار لفظ الإنشاء في التّعريف حيث عُرّف بأنّه: «إنشاء تمليك عين بمال»، والمراد بالعين ليس حصول العين الخارجي حتّى يخرج الكلّي، بل المراد كونه عيناً لو وجد وصار مشخّصاً في الخارج مقابل المنفعة والحقوق، حتّى التحجير لعدم صدق العين عليه، بل هو صرف الحقّ والأولويّة بالنّسبة إلى الغير، وإطلاق البيع على أُجرة العبد وسكنى الدّار في بعض الروايات علىٰ سبيل التجوّز كما نطق به جمعٌ، ولا ينافيه جواز بذل المال بازائه فيشمل الكلّيات التي تتّصف بالماليّة بالملاحظة الّتي ذكرناها فيما سبق.

وليس المراد منه مطلق الأعيان بحيث يشمل الخصائص التي لا ماليّة لها ولا تتّصف بالملكية، بل المراد منه العين الذي هو مالٌ، ضرورة خروج ما لا يُملك عن المقصود لعدم كونه قابلاً للبيع فالتّعبير بالعين المطلق مسامحة.

إلّا أن يدّعى أنّ البيع موضوعٌ للأعمّ ممّا يترتّب عليه الأثر وما لا يترتّب، لا

---

١ ـ وإلّا لما احتاج في ترتّب الأثر وثبوته إلى القبول كما لا يخفىٰ، (منه رحمه الله).

خصوص الصّحيح أعني المترتّب عليه الأثر[١].

ثُمّ الظّاهر أنّه لو قلنا باشتراط الماليّة في العوض لابدّ أن نقول باشتراطه في المعوّض لعدم التّفكيك بينهما في نظر العرف، ولذا لم يورد أحدٌ علىٰ ما في المصباح من أنّ البيع «مبادلة مال بمال» بأنّ الماليّة ليست شرطاً في العوض، ومن هنا مضافاً إلىٰ كلمات الفقهاء ومحاورات أهل اللّسان يمكن استظهار اعتبار الماليّة في العوض، ومن عَبّر عنه بمطلق العين مسامحة في التعبير، فافهم.

ثمّ لايخفى أنّ التّعريف لابدّ أن يكون بحيثُ لا يشمل غيرها من المفاهيم حتّىٰ يمتاز المعرَّف عمّا عداه، فقولنا: «هو إنشاء تمليك» بمنزلة الجنس يشمل جميع الأسباب المُملّكة من الصُّلح والهبة والقرض والإجارة وغيرها.

وبقولنا: «عين» خرج الإجارة لأنّها تمليك المنافع لا الأعيان.

وبقولنا: «تمليك عينٍ بمال» خرج مطلق المعاوضة، لو لم يجعل أحدهما أصلاً والآخر قيمة على ما عرفت.

وخرج بقولنا: «بمال» غيرها من الأسباب كالهبة والقرض والصلح، إذ الظاهر من تمليك العين بالمال أخذ المال عوضاً عن المبيع، بحيث يصدق المعاوضة والمبادلة على النّهج المذكور.

امّا الهبة: وإن كانت تمليكاً إلّا أنّ المجانيّة في مفهومها معتبرة، لأنّ الهبة عبارة عن «اعطاء شيء للآخر مجّاناً لا بعنوان المعاوضة» وهذا بالنسبة إلى الهبة الغير المعوّضة ظاهر، وامّا بالنّسبة إليها فيظهر بعد التأمّل في مفهوم الهبة وكيفيّة تحقّق مصاديقها، إذ هي ـ أعني الهبة المعوّضة ـ عبارة عن «إعطاء الواهب ما في يده للآخر» ويشترط في ضمن العقد أن يعطيه الآخر الشيء الّذي جُعل عوضاً عنه لا

---

١ ـ وفيه: أنّه لوكان مراده أعمّ لكان اعتبار الماليّة في العوض غير مناسب كما لايخفىٰ، (منه رحمه الله).

بعنوان المعاوضة بل بعنوان المجّانية، وكيف لايكون كذلك مع أنّ المجّانيّة معتبرة في مفهومها.

وامّا الصّلح: فليس مفهومه تمليك مال بمال بل المفهوم منه «التّسالم بين الخصمين» فما به يتعلّق الصُّلح ليس بظاهر عوضاً عن شيء بل هو من أسباب التسالم.

وامّا القرض: فلأنّه لا يصدق عليه المعاوضة، لأنّ الظّاهر منها «أنْ ينتقل شيء من كلّ منهما إلىٰ ملك الآخر ومن الآخر إليه»، وليس في القرض كذلك وإنّما هو «إعطاء المال وتثبيته في ذمّة المديون بحيث لو شاء لردّه ولو شاء يبقيه ثم يغرمه»، وإن شئت سمّه تمليكاً بتغريم بالمثل.

ثُمّ إنّك قد عرفت أنّ اعتبار لفظ العين في التعريف لإخراج المنافع والحقوق، ولكن الشأن في إثبات الدّعوى أعني عدم صدق البيع عليها وعدم قابليّتها للبيع.

فنقول: امّا المنافع والحقوق الغير الماليّة، خروجها عن مصداق البيع وعدم قابليتها له فظاهر، لظهور عدم اتّصافها بكلمة «بعته» في العرف.

وامّا الحقوق الماليّة، فانّ مناط البيع وقوامه بذل المثمن وأخذ الّثمن، إذ قد عرفت أنّه المبادلة على الوجه المخصوص، وإن كان التّعبير بها لايخلو عن مسامحة، وحينئذٍ فنقول إنّ الحقّ ولو كان ماليّة لايعقل بذله للغير وأخذه منه لأنّه عبارة عن السلطنة الفعليّة أعني كونه مسلّطاً عليه بحيث لايكون للغير يدٌ علىٰ ما في يده، لا أنّ ما في يده ملكٌ له، وهذه السّلطنة ليست قابلة للإنتقال حتّىٰ يبذل أو يؤخذ لأنّه من الأعراض المتقوّم بذاتِ مَنْ له السَّلطنة، والعَرَض لا ينتقل من موضوع إلى آخر فلا ينتقل شيء من صاحب الحقّ إلى صاحبه من قبله بازاء ما أخذه.

نعم يمكن اعدام سلطنته ممّا عليه واحداث سلطنة أُخرىٰ مماثلة لسلطنة الآخر، وهذا لايوجب انتقال شيء منه إليه، ولابدّ في البيع أن يكون شيءٌ ينتقل من كلٍّ إلى آخر كما قد عرفت مراراً.

إنْ قلت: الملك كالحقّ ليس قابلاً للانتقال لكونه أيضاً من الأعراض فيلزم على ما ذكرت أن يباع الملك أيضاً.

قلت: الملك والحقّ وإن كان كلاهما من الأعراض، إلّا أنّ الحقّ لو انتفى لما يبقى شيء ينتقل إليه، بخلاف الملك فانّه بعد انتفاء الملكيّة ينتقل العين الخارجي إلى آخر ويحدث بالنّسبة إليها ملكيّة أُخرىٰ، ولكنّ الحقّ ليس كذلك[1].

إنْ قلت: كيف يُبذل المال بحذائها مع انّها ليست قابلة للإنتقال.

قلت: لاتنافي بينهما لجواز إعطاء المال لرفع اليد عنه وإسقاط سلطنته بالنّسبة إليه واحداث سلطنة أُخرىٰ لمن أعطاه.

فثبت ممّا ذكرناه أنّه لابدّ أن يكون الثّمن والمثمن كلاهما مالاً لا غير، كما هو صريح ما نقلناه مراراً عن المصباح من انّه «مبادلة مال بمال».

❊ ❊ ❊

١ ـ توضيحه: إنّ الحقّ عَرَضٌ قائم بذي الحقّ ووصفٌ له فلا ينتقل إلى الغير، بخلاف الملك فانّه من أوصاف العين الخارجي فيمكن انتقال العين وبعده يتصف بملكيّة أُخرىٰ دون الأُولىٰ. والسرّ في ذلك أنّ الأول من قبيل انتقال العَرَض، والثّاني من قبيل تبدّل العرض، ولا ريب في جواز الثّاني كما لا إشكال في امتناع الأوّل، فافهم. (منه رحمه الله).

[تحقيق حال بيع الدين]

واعلم انّه ذكر شيخ مشايخنا[1] طاب ثراه كلاماً في باب شروط العوضين لا يخلو بظاهره عن التأمّل وهو انّه قال بعد جملة من الكلام:

«والأولىٰ أنْ يقال: ما تحقّق أنّه ليس بمالٍ عرفاً، فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين، إذ لا بيع إلّا في ملكٍ، وما لم يتحقّق فيه ذلك، فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً فالظاهر فساد المقابلة، وما لم يتحقّق فيه ذلك، فإنْ ثبت دليلٌ من نصّ أو إجماع علىٰ عدم جواز بيعه فهو، وإلّا فلا يخفى وجوب الرّجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة وخصوص قوله في المروي عن تحف العقول: «وكلُّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهة من الجهات فكلّ ذلك حلالٌ بيعه» انتهىٰ كلامه رفع مقامه.

ضرورةٌ انّه كيف يمكن التمسّك بالعمومات في الشّبهات المصداقيّة الّتي منها المقام بعد أخذ الماليّة في العوضين في مفهوم البيع المشكوك بالفرض، اللهمّ إلّا أن يقال بعدم أخذه الماليّة فيها في المفهوم، لكنّه منافٍ لما ذكره ﷺ حينئذٍ في غير موضع

---

١ ـ وهو الشيخ الأعظم الأنصاري صاحب (المكاسب) قدّس الله نفسه الزكيّة.

من كتابه كما لايخفىٰ علىٰ من راجع إليه، فافهم.

تنبيه: وهو أنّ الفقهاء ذكروا جواز بيع الدّين بغير مَنْ هو عليه، وكذا قالوا بجوازه علىٰ مَنْ هو عليه فلابدّ حينئذٍ من صدق المبادلة عليه، وهذا لايتمّ إلّا علىٰ فرض كون ما في الذمّة قابلاً للإنتقال ولو بنحو من الاعتبار كما أشرنا إليه سابقاً، وصدق مفهوم البيع على بيع الدّين بغير مَنْ هو عليه لا خفاء فيه بعد بيان اتّصاف الكلّ بالماليّة بالتّقريب المتقدّم، وامّا صدقه علىٰ بيعه علىٰ مَنْ هو عليه ففيه خفاء، لأنّ صدق البيع فرع تحقّق التّمليك والتملّك، فلابدّ أن يكون المبيع قابلاً لأن يملّكه المشتري، وتملّك الانسان ما في ذمّة نفسه ولو آناً ما غير متصوّر، فيشكل صدق البيع.

ويندفع الإشكال: بأنّ التملّك ملازمٌ لإسقاط ما في الذمّة، فتمليك ما في ذمّته نفس سقوطه ولا ينفك عنه اناً مّا حتّىٰ يتصوّر، والمراد بعدم تصوّره عدم إمكان تحقّقه آناً ما في الخارج لما بيّناه من التلازم بينهما، وإلّا فنفس تصوّره غير ممتنع كما لايخفىٰ.

وربّما يتوهّم: عدم كون الكلّي مطلقاً قابلاً للتملّك والإنتقال ولهذا حكموا بعدم جواز هبة الدّين بغير من عليه الدّين.

ولكنّه فاسدٌ: يظهر وجهه بملاحظة صدق المال عليه في نظر العرف إذا استقرّ في ذمّة شخصٍ خاصٍّ باعتبار وجوده الخارجي كما أشرنا إليه سابقاً، ولهذا يُجوّزون بيع الكلّيات.

وأمّا مستند الحكم بعدم جواز الهبة المذكورة فلعدم إمكان تحقّق شرطها أعني القبض وهو شرطٌ له كما صرّح به جمعٌ من الأساطين، لا لعدم كونه قابلاً للتّمليك، فافهم.

واعلم أنّ ما ذكرناه في تعريف البيع من أنّه «إنشاء تمليك عين بمال» للجري على ما ذكره بعض الأعلام، وإلّا فالانصاف أنّ هذا أيضاً ليس تفسيراً بالمرادف

ولا على نحو يتصوّر ماهية البيع بحقيقتها، إذ البيع وإنْ لم يكن مرادفاً للنّقل، إلّا أنّ النّقل معتبر في مفهومه ضمناً، حيث أنّه عبارة عن نقل ملكٍ عن مالك وثبوته للآخر، فمفهومه مركّب من نقل وتمليك، فمن عرّفه بالنّقل كجامع المقاصد انّما لاحظ الأوّل منهما، ومن عرّفه بالتّمليك فبملاحظة الثاني.

وبعد بيان كونه مركّباً من كليهما يعرف ما في كليهما من التّسامح، إلّا أن يُدّعىٰ إرادة اعتبار الغاية في التّعريف الأوّل أعني تعريف «جامع المقاصد» في المفهوم فيصحّ التعريف، إلّا انّه ليس صريح الدّلالة في المطلوب، مع أنّه لابدّ أن يكون المعرّف صريحاً في بيان المراد، والمفروض أنّ اعتبار المفهومين في المفهوم علىٰ حدّ سواء، وهذا لا يفهم من التّعريف بل يشعر علىٰ عدمه، وما اِدّعينا حينئذٍ من اعتبارهما فيه يُعلم بعد مراجعة الوجدان وتخلية الذّهن.

هذا كلّه مفهوم البيع الّذي يكون مصدراً لـ(باع)، أعني مفهومه المصدري، وقد ذكر له معانٍ اُخر، والظاهر كونه مجازاً فيها، وكثيراً يستعمل في الأثر الخارجي الحاصل منه، والظاهر أنّ من هذا القبيل اطلاقهم «لزم البيع» أو «وجب» أو «لا بيع بينهما» وغير ذلك من موارد الإستعمالات، فهذا من قبيل إطلاق السّبب وإرادة المسبّب.

ومن هذا القبيل أيضاً قوله تعالىٰ: ﴿**أحلَّ اللهُ البيع**﴾[1] والمراد به هو الأثر الحاصل في نظر العرف، ومعناه أنّه تعالىٰ أمضاه وأثبتهم علىٰ طريقتهم المتعارفة لا الأثر الشّرعي، إذ المحاورات لابدّ أن تكون في مثل المقام بلسان القوم كما لا يخفىٰ[2].

* * *

---

١ ـ سورة البقرة: آية ٢٧٥.

٢ ـ مع انّه لا معنى لقولنا «أحلّ الله الأثر الذي جُعل للبيع» إذ جعله ملازم لأمضائه ولا يفارقه فيكون الكلام مستدركاً. (منه رحمه الله).

الكلام في المعاطات

وهي علىٰ ما فسّره جماعة: «أن يعطي كلٌّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه عن الآخر من غير اعتبار اللّفظ»[1].

والكلام تارة: في تصوّر أقسامه.

وأُخرىٰ: في بيان محلّ كلمات العلماء رضوان الله عليهم من أنّها في أيّ صورة من الصور.

وتارة: في حكم كلّ واحد من الأقسام.

فنقول: قد عرفت أنّ اللّفظ غير معتبر في مفهوم البيع عرفاً، ولم يثبت فيه حقيقة شرعيّة، فمقتضاه الحكم بكون المعاطات بيعاً لو قصد التّمليك عند الشكّ، وإنْ جاز أن يعتبره في مقام التأثير.

توضيحه: إنّ اعتبار اللّفظ في تأثير البيع مع القول بعدم ثبوت الحقيقة الشرعيّة يتصوّر على أقسام ثلاثة:

أحدها: أن يقال بأنّ البيع موضوع لمطلق التّمليك، سواء ترتّب، عليه التأثير أعني التملّك أم لا، واعتبر الشارع في ترتيب التملّك اللّفظ الخاص مثلاً، فلا شبهة

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٨١، سطر ٣.

علىٰ هذا في كون المعاطات المقصودة فيها التّمليك بيعاً، غاية الأمر أنّه لا يترتّب عليه الأثر، فيكون البيع على قسمين عند الشّارع، قسم يترتّب عليه الأثر، وقسم ليس كذلك، هذا لو علم اعتبار اللّفظ.

وامّا لو شكّ كما هو المفروض في المقام فمقتضىٰ عموم «**أحلّ الله البيع**»[1] وغيره من الأُصول اللّفظية، الحكم بالعدم وكونه مؤثّراً، لأنّ الشكّ في اعتبار أمرٍ زائد مدفوع بالأصل.

ثانيها: أن يقال إنّ البيع عندهم هو السّبب المؤثّر في نظر الجاعل فيكون الوصف والذّات كلاهما موضوعاً له، فلو اعتبر الشّارع اللّفظ في مقام التأثير وحكم بعدم ترتّب الأثر علىٰ فاقده، ولو كان مؤثّراً عند العرف، يخرج ما يقع بلا لفظ عن كونه مصداقاً للبيع عنده.

ولا يتوهّم: أنّ هذا الفرض أعني خروج بعض المصاديق العرفيّة عن تحتها في نظر الشّارع يقتضي القول بثبوت الحقيقة الشرعيّة والمفروض عدمه.

لأنّ المفهوم علىٰ عمومه باقٍ بحاله، لأنّه في الشّرع أيضاً السّبب المؤثّر، ولا تفاوت فيهما من حيث المفهوم، وانّما الاختلاف في المصداق، وليس منشأه الاختلاف في المفهوم، فلا ينافي كونه على معناه اللّغوي بعينه مع خروج بعضٍ المصاديق عند بعض ودخوله فيه عند الآخرين كما لا يخفىٰ، فلو شككنا على هذا الفرض في كون المعاطات مؤثّراً أو غير مؤثّر يكون الشكّ في المصداق الخارجي، ولا يجوز التمسّك بالإطلاق أو العموم لتعيينه، إلّا انّك قد عرفت أنّ المراد من البيع في قوله تعالىٰ: ﴿**أحلَّ اللهُ البيع**﴾[2] مثلاً البيع المتعارف والأسباب الّتي يرونها مؤثّراً لا ما هو المؤثّر عند الشّارع، وإذا كان المراد منه البيع العرفي يمكن التمسّك به لرجوع الشكّ إلى التّقيد واعتبار أمر زائد عن أصل المفهوم في مقام التأثير، فلا مانع

---

١ و ٢ ـ البقرة: آية ٢٧٥.

من اجراء الأصل.

ثالثها: أن يكون الموضوع له ذات السّبب المؤثّر دون مدخليّة لوصف التأثير، إلّا انّه معرّفٌ للموضوع له، نظير ما لو كان لجماعة متّصفة بأوصاف خاصّة اسمٌ خاصّ يكون أوصافها معرّفات عن أساميها من غير اعتبارها في الموضوع له، وليس ذلك ممّا كان الوضع عامّاً والموضوع له خاصّاً كأسماء الإشارة علىٰ قولٍ بأن يكون كلّ فرد هو الموضوع له بخصوصه ويكون الوصف آلة اللّحاظ، بل الموضوع له هو المفهوم الكلّي الملازم في الوجود الخارجي مع هذه الأوصاف.

وهذا القسم كسابقه في صيرورة اللّفظ مجملاً، وجواز التمسّك بعموم ﴿**أحلَّ اللهُ البيع**﴾[1] في مقام الشّك مع هذا لكونه على لسان القوم، والقوم يزعمون أنّه مؤثّر ولا مدخليّة للّفظ في التأثير.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ المعاطات المقصود فيها التّمليك بيعٌ، إلّا أن يُدّعىٰ ثبوت الدليل في اعتبار اللّفظ بحيث يرفع الشكّ، وسيجيء ما فيه إن شاء الله تعالىٰ.

* * *

١ ـ كتاب المكاسب: ٨١، سطر ٧.

الكلام في تصوير المعاطات

فنقول: انّها تتصوّر بصور:

أحدها: أن يقصد كلّ من المتعاطيين بفعله هذا التّمليك الّذي يتحقّق بالبيع، وبحيث يجعل أحد العوضين ثمناً والآخر مثمناً.

الثاني: أن يتعاطيا علىٰ وجه الاباحة، بأن يبيح كلّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه من دون نظر إلى تمليكه، وهذا يتصوّر علىٰ قسمين:

أحدهما: أن يبيح أحدهما ما في يده عوض ما أباحه له الآخر.

والثاني: أن يبيحه بشرط إباحة الآخر ما في يده له، والفرق واضح.

الثالث: أن يقصد كلاهما الملكيّة المطلقة من غير ملاحظة الثمنيّة والمثمنيّة فيكون التّمليك علىٰ نحو المعاوضة والمبادلة، قال شيخ مشايخنا في مكاسبه، بعد أن ذكر هذا الوجه: «**إنّ التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير**»[1] انتهىٰ.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٨١، سطر ٧.

لكنّك قد عرفت فيما تقدّم أنّ التّمليك بالعوض أعمّ من البيع، وأنّ البيع هو التّمليك الخاصّ بحيث يجعل أحدهما أصلاً والآخر بدلاً.

اللّهم إلّا أن يراد بالباء ما ذكرناه في التّعريف، وهو بعيد بل منافٍ لتأسيس الأصل الّذي يبتني عليه.

الرابع: أن يتعاطيا مجرّداً عن قصدي التّمليك والإباحة بخصوصها، بمعنى أنّ مقصودهما أن يتصرّف كلّ منهما ما في يد صاحبه وإعطاء ما في يده إليه مردّداً بين عنوان الإباحة والتّمليك.

وأورد عليه شيخ مشايخنا ﷺ: بامتناع خلوّ الدّافع عن قصد عنوان البيع أو الإباحة والعارية أو الوديعة أو غير ذلك من العناوين الخاصّة.

لكنّ الإنصاف إمكان تعقّله، كما انّه يتعقّل إرادة الزّوج إزالة عقد نكاح إحدى زوجاته، كذلك يعقل إنشاء سبب ذلك وان لم يترتّب عليه الأثر في الخارج، لأنّ ترتّب الأثر بيد الجاعل لا غير، وكذا فيما نحن فيه.

❊ ❊ ❊

ثمّ الكلام في بيان مورد كلمات العلماء من الأقسام المتصوّرة، وبيان ما في أيدي الناس:

فنقول: لا شُبهة لأحدٍ في أنّ ما في أيدي النّاس من القسم الأوّل، أي المقصود التّمليك المتحقّق بالبيع، وسواء في ذلك الخطير والحقير، نعم يداقّون في الأمور الجليلة ما لا يداقّون في الحقيرة لإحكام أمرهم لا لإبقاء قصد البيعيّة في الحقيرة، وهذا غير خفيّ على من لاحظ طريقة النّاس وراجع أسواقهم.

إذا عرفت ذلك فنقول: احتمال كون عنوان الفقهاء المسألة ناظراً إلىٰ غير هذا القسم مع كثرة ابتلاء النّاس به بعيد في الغاية، ويدلّ على إرادتهم ما هو المتعارف أُمور نشير إليها إن شاء الله تعالىٰ.

ثمّ أنّ كلمات العلماء في المقام من حكمهم بعدم كون المعاطات بيعاً وانّما تـفيد الإباحة يحتمل وجوهاً بعضها بعيد وبعضها أبعد:

أحدها: أن يكون المراد بيان عدم تحقّق موضوع البيع فيما بأيدي النّاس بأنّهم لم يقصدوا البيع وانّما يقصدون الإباحة، وهذا الوجه بعيدٌ غاية البعد.

والثّاني: حكمهم بالإباحة في مورد قصد المتعاطيين الإباحة الخاصّة كما صنعه بعض من قارب عصرنا في جواهره.[1]

وهو بعيدٌ أيضاً، مخالفٌ لظاهر كلماتهم، بل لصريح بعض كما ستحقّق إن شاء الله تعالىٰ.

الثّالث: حمل الإباحة على المِلْك المتزلزل كما صنعه المحقّق الثاني، وهذا أيضاً بعيد.

الرابع: أن يكون مورد كلماتهم امّا خصوص ما إذا قصد التمليك أو للأعمّ منه ومن قصدهما الإباحة بحيث تكون كلماتهم شاملة لصورة قصد التمليك.

وهذا هو الّذي يظهر من مجموع كلماتهم بعد ملاحظة المجموع وردّ بعضها إلىٰ بعض.

وبالجملة فالّذي ينبغي أن يقال في هذا المجال، عدم خروج صورة قصد التّمليك عن مورد كلماتهم بل امّا أن يكون المورد هو بخصوصه أو الأعمّ، فالمهمّ في المقام إثبات شمول كلماتهم لما إذا قصد التّمليك في المعاطات، لا خصوص قصد الإباحة، سواء شملها أم لا، وبيان ما فيما ارتكبوه من البُعد عن ظاهر كلماتهم، وهذا لابدّ من إيراد كلمات بعضهم الظّاهرة في المقصود، فنقول مستمداً من الله تعالىٰ:

قال المحقّق في «الشّرائع»: «ولا يكفي التّقابض من غير لفظٍ، وإن حَصل من الأمارات ما دلّ على إرادة البيع»[2] انتهىٰ.

---

١ ـ جواهر الكلام: ٢١٨/٢٢.

٢ ـ شرائع الاسلام: ٧/٢.

ولاريب في صراحة كلامه فيما ادّعيناه إن لم نقل بها في، خصوص قصد التّمليك، لأنّ مرادهﷺ أنّ البيع لا يحصل بمجرّد إيقاع الفعل في الخارج، لعدم صراحته في إثبات الملكيّة كالّلفظ، فلا يترتّب عليه الأثر في نظر الشّارع، وإن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادة الملكيّة، وهذا ظهوره في المدّعىٰ غير خفيّ.

وقال في «السرائر»: بعد ذكر اعتبار الإيجاب والقبول، واعتبار تقدّم الأوّل على الثاني، ما هذا لفظه: «إذا دفع قطعةً إلى البقلي أو الشّارب فقال أعطني بقلاً، فانّه لايكون بيعاً ولا عقداً، لأنّ الإيجاب والقبول ما حصَلا، وكذلك سائر المحقّرات، وسائر الأشياء محقّراً كان أو غير محقّر، من الثّياب والحيوان أو غير ذلك، وانّما يكون إباحة له، فيتصرّف كلّ منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً، مِن غير أن يكون ملكه أو دخل في مِلْكه، ولكلّ منهما أن يرجع فيما بذله، لأنّ الملك لم يحصل لهما، وليس هذا من العقود الفاسدة، لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرّف فيما صار إلى كلّ واحدٍ منهما، وانّما ذلك على جهة الإباحة»[1] انتهىٰ.

أقول: كلامه هذا وإن كان دالاًّ علىٰ نفي البيعيّة عنها، إلّا أنّه صريح في شموله لما لو قصد المتعاطيان الملك، وذلك أعني عدم صدق البيعيّة لا ينافي ثبوت القصد بفعلهما بعدما صاروا إليه من كون البيع مساوقاً للعقد، ويكشف عن كونه مساوقاً للعقد عنده ذكرهما في عرض واحد وتعليله لهما بعلّة واحدة من أنّ الإيجاب والقبول ما حصلا، ويعلم من هذا التّعليل ثبوت قصد الملكيّة لأنّه علىٰ فرض عدمه تعليله به أولىٰ من تعليله بما ذكر كما لا يخفىٰ.

ثمّ أنّ نفي البيعيّة عن المعاطات في كلامهﷺ يحتمل وجهين:

أحدهما: نفي كونه بيعاً صحيحاً عند الشّارع المترتّب عليه الأثر في نظره، وإن

---

١ ـ السرائر: ٢/٢٥٠.

كان بيعاً في العرف، فيكون بيعاً فاسداً شرعاً.

ولكنّ هذا مشكل لمنافاته ما صرّح به بعدُ في ذيل كلامه من عدم كونه فاسداً، وعدم انتساب واحد من العلماء رضوان الله عليهم بالقول بكونها بيعاً فاسداً ما عدا العلّامة ﷺ في «النهاية».

الثاني: أن يكون المراد بعدم كونها بيعاً عدم كونها سبباً مؤثّراً عند نظر الشارع لاعتباره في مقام التأثير اللّفظ، مع كون مفهوم البيع هو السّبب المؤثّر، فحكمه بعدم كونها بيعاً لخروجه عن مصداق البيع، لعدم كونها سبباً مؤثّراً حينئذٍ، وبعد أخذ التأثير في مفهوم البيع اطلاق البيع الفاسد وكذا العقد الفاسد ليس إلّا اطلاقاً مجازيّاً، وتعقّبه بلفظ الفاسد قرينة على المجازيّة.

والفرق بينه وبين الأوّل الّذي استند إلى العلّامة ﷺ أنّه بناء على الأوّل يترتّب عليه آثار البيع الفاسد بخلاف الثاني لعدم كونه بيعاً حينئذٍ وانّما هو إباحة صرفة كما صرّحوا بها.

وبالجملة ظهوره في المدّعىٰ غير محتاج إلى البيان، وإنْ يُشكلا من جهات أُخر، وهذا لا يضرّ ما نحن بصدده.

وعن الشيخ في «الخلاف»: «إذا دفع قطعةً إلى البقلي أو الشارب فقال أعطني بها بقلاً أو ماءً فأعطاه، فانّه لايكون بيعاً، وكذلك ساير المحقّرات، وانّما يكون إباحة له، فيتصرّف كلّ منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً، من دون أن يكون ملكه، وفائدة ذلك أنّ البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك، لأنّ المِلْك لم يحصل لهما، وبه قال الشّافعي.

وقال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يحصل الإيجاب والقبول، وقال ذلك في المحقّرات دون غيرها.

دليلنا: إنّ العقد حكمٌ شرعيّ، ولا دلالة في الشّرع علىٰ وجوده هاهنا،

فيجبُ أنْ لا يثبت، وامّا الاباحة بذلك فمجمعٌ عليه لايختلف العلماء فيها»[1] انتهى كلامه رفع مقامه.

ومن البيّن أنّ النّزاع بينه‌ﷺ وبين أبي حنيفة فيما إذا قصد التّمليك وإلاّ فلا وجه لاستناده‌ﷺ لعدم تحقّق البيع بعدم تحقّق الإيجاب والقبول، ضرورة أنّ الاستناد إلىٰ عدم قصد التّمليك أولىٰ من الاستناد به.

وتوهّم: كون النّزاع معه صغروياً، بمعنى أن الشيخ‌ﷺ يدّعي عدم قصد التّمليك من المتعاطيين في المعاطات المتعارف فلا يكون بيعاً، لأنّه لابدّ فيه من القصد المذكور، وأبا حنيفة يدّعي قصده فيها فيحكم بتحقّق التبعيّة.

مدفوع: أوّلاً، بأنّه بعيدٌ عن سياق الكلام كما لايخفى، حيث علّل بعدم تحقّق الإيجاب والقبول، وبأنّ العقد حكم شرعيّ، بل لايمكن حملها على ما توهّم لصراحته في المدّعىٰ وعدم قابليّته للتأويل، وحكمه بإبقاء البيعيّة في المعاطات لأجل ما ذكرناه سابقاً من [أنّ] البيع عندهم مساوق للعقد وحيث انتفى انتفى البيع.

وبالجملة ظهور كلمات العلماء فيما ادّعيناه ليس قابلاً للإنكار، ومن أراد التتبّع فليرجع إلى كتبهم‌ﷺ.

* * *

الكلام في حُكم كُلّ من الأقسام المتصوّرة المقدّمة في أوّل العنوان:

ولابدّ قبل التعرّض لها من بيان مقدّمة حتّى تظهر بها حقيقة الحال، وهي معرفة حقيقة الإيجاب والقبول، وأنّ كلاًّ منهما كما يتحقّق في اللّفظ كذلك يتحقّق بالفعل الكاشف عن الرّضا أم لا؟

فنقول: مُستمداً من الله تعالىٰ، إنّهم قد قالوا بجواز تقديم القبول على الإيجاب

---

١ ـ كتاب الخلاف: ٤١/٣، مسألة رقم ٥٩.

في النّكاح وغيرها، مثلاً لو قال المشتري مشيراً إلىٰ سلعة بِعنيها فقيل له «بعتكها» صحّ العقد ولايحتاج إلى إيجاد قبول آخر.

وقال الشيخ في «المبسوط» على ما حُكي عنه في كتاب النّكاح، بعد كلام له ما هذا لفظه: «وأمّا إن تأخّر الإيجاب وسَبَق القبول، فان كان في النّكاح فقال الزّوج «زوّجنيها» فقال: «زوجتكها» صحّ وان لم يُعد الزوج القبول بلا خلاف» إلى أن قال: «وإنْ كان هذا في البيع فقال بِعنيها فقال «بعتكها» صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم لايصحّ حتّىٰ يسبق الإيجاب» انتهىٰ.

ادّعى الشيخ عدم الخلاف في الصحّة مطلقاً في النّكاح وفي البيع عندنا.

إذا عرفت هذا فلابدّ من التأمّل في أنّه هل هو قبول لفظي مقدّم على الإيجاب، أو هو كاشف عن القبول الفعلي المتعقّب للإيجاب والرّضا على مؤدّاه؟

والظّاهر كونه من القسم الثاني، ضرورة عدم كون الرّضا بالإيجاب المستقبل من معنى الأمر بالبيع وإن كان مستلزماً له، وانّما هو استدعاء للبيع فيكون كاشفاً عنه علىٰ نحو الأمارة لا الدّلالة، فليس هو قبولاً لفظيّاً للإيجاب المتأخّر، مضافاً إلىٰ شهادة الوجدان السّليم بعدم كون الأمر بالبيع عند النّاس إنشاء للقبول كما لايخفىٰ، فلو كان البيع عبارة عن التّمليك المشخّص في ضمن الإيجاب والقبول اللّفظيّين يلزم أن لا يكون هذا بيعاً أصلاً، مع أنّهم حكموا بكونه بيعاً صحيحاً، فهذا يكشف عن أنّ البيع كما يتحقّق بالقولين كذلك يتحقّق بالفعلين، فإنشاء التّمليك في تعريف البيع أعمّ من أن يتحقّق في ضمن القول أو الفعل.

ومع هذا التّعميم أيضاً لا شبهة في خروج بعض أفراد المعاطات عن تعريف البيع، حيثُ لا إنشاء فيها، كما إذا علم برضاء صاحب السّلعة الّتي وضعها في معرض البيع بشرائه علىٰ ثمن خاصّ، فانّ المشترين حينئذٍ يأخذونه ويضعون ثمنه في مكانه المُعدّ له، وكذا يدخلون للحمّام مع العلم برضاء صاحبه وغيبته ثم يضعون أجرته في مكانه المعدّ له، وكذا في شرب الماء وأخذ البقل وغيرها، بل جرىٰ

سلوكهم على هذا المنوال، ومن البيّن أنّه ليس في هذا القسم من المعاطات إنشاء لا فعلاً ولا قولاً من البايع أصلاً لفقده، كما هو المفروض.

وتوهّم: تحقّق الإنشاء الفعلي منه حين جعله عُرضة للبيع،

مدفوعٌ: بأنّ الانشاء لابدّ له من المُنشئ له المعيّن، وإلّا فلا معنى لإنشاء الملكيّة للغير مع عدم تعيين الغير، بل جعلها هكذا ليس إلّا الرّضا بالبيع ولا يدلّ إلّا عليه، ومن البيّن أنّ شراء المشتري له ليس إلّا الجري على الرّضاء، بل لايبعد ادّعاء كون أغلب أفراد المعاطات بل جميعها من هذا القبيل، أي ممّا لا إنشاء فيها لا فعلاً ولا قولاً، ضرورة أنّ كُلّاً من المتعاطين بعد العلم برضاء صاحبه بما يقصده يعطيه ما في يده من غير قصد إنشاء التّمليك بفعله هذا، بل ليس الفعل إلّا الجري على الرّضاء.

وإنْ أبيت إلّا عن ذلك فاختبر من نفسك بأنّك هل ترىٰ فرقاً بين القبض والإقباض الّذين يتعقّبان العقد أو يحصلان بدونه؟، فكما أنّ المتعقّب للعقد لا ينشأ به التّمليك ضرورة حصوله بنفس العقد، كذلك فيما نحن فيه فليس في الفعل إنشاءُ تمليكٍ، ولعلّه إلىٰ هذا ينظر من قال في وجه عدم كفاية المعاطات في البيعيّة كالعلّامة ﷺ بأنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد.

إذا عرفت ما ذكرناه مِنْ عدم اشتمالها على إنشاء التّمليك لا فعلاً ولا قولاً، ولو باعتبار بعض أفرادها، تعلم عدَم شمول ما ذكرناه تعريفاً للبيع لها، فيخرج عن البيع بمقتضىٰ هذا التّعريف فلا يكون إلّا إباحةٌ صرفة، ولكنّ الحكم بعدم كونها بيعاً مشكلٌ لعدم صحّة سلب البيع عنه في نظر العرف، بل يُتبادر منه هذه فيتسرّى الإشكال إلى التعريف، لعدم جامعيّته للأفراد، لعدم شموله للمعاطات، مع أنّا قد أثبتنا كونها بيعاً.

فتلخّص من هذا عدم اعتبار الإنشاء في مفهوم البيع، بل ليس البيعُ عندهم إلّا التّراضي بالتّمليك والجري علىٰ رضاهم والتّباني عليه وترتيب آثار الملك، وليس مطلق التّراضي بيعاً، بل التّراضي الّذي يكون كاشفه الفعل، وهذا نظير الفسخ الفعلي

الذي قيل إنّه عبارة عن عدم الرّضا بمقتضى العقد المكشوف بالفعل لا مطلق عدم الرّضا، ولذا لو فرض علم من عليه الفسخ بعدم رضاية من له الفسخ للزم القول بالفسخ، مع أنّا لا نقول به، وليس نفس الفعل أيضاً فسخاً وإلّا لزم الحكم بتحريم وطي الجارية لو بيعت وكان الفسخ لو وطئها، لأنّ المفروض أنّ الفسخ يتحقّق بالوطي، فحين الوطي لا محالة يكون ملكاً للمشتري وبعد تحقّقه ينفسخ، فهو نظير لفظ «فَسَختُ» أو «بِعْتُ» في السببيّة، كما أنّ سببيّة اللّفظ موقوفة على الفراغ عنه كذلك سببيّة الفعل لو قلنا بأنّه السّبب، وذلك ظاهر لتأخّر المسبّب عن السّبب في الوجود، واللّازم باطلٌ ضرورة، فيكون الفسخ عدم الرّضاء بالبيع المنكشف بالفعل.

فتلخّص: أنّ البيع عند العرف عبارةٌ عن التّراضي على النّحو الخاصّ المتعقّب بالفعل الكاشف عنه، وذلك لكون المعاطات عندهم بيعاً، مع انّهم لا يقصدون بالفعل في الأغلب إنشاء التمليك، لما عرفت من عدم الفرق بين القبض والإقباض الحاصلين عقيب العقد وما يحصل منهما بدون العقد.

وكيف كان فنتكلّم الآن في بعض أقسام المعاطات، أعني ما قُصد فيه الإنشاء الفعلي بالتّقابض، في أنّه هل تثبت به الملكيّة أم لا؟

فنقول: إنّ ما يمكن الاستدلال به بحصول الملكيّة اُمور:

الأوّل: قوله تعالىٰ: ﴿**أحلَّ اللهُ البيع**﴾[1].

ودلالته على المقصود انّما تتمّ بعد إثبات كونه في مقام بيان الحكم الوضعي أعني الصحّة لا مطلق الحكم التكليفي أعني الحلّية، وبعد إثبات كون الإطلاق في مقام بيان الحكم نفسه لا في مقام بيان أمر آخر، ضرورة أنّه لو كان كذلك لما جاز التمسّك به بعدما قرّرناه في الاُصول، وأنّ التمسّك بالإطلاق إنّما يصحّ في مقامٍ لو لم يقصد

---

١ ـ سورة البقرة: آية ٢٧٥.

المتكلّم من الّلفظ العموم للزم القبح عليه، وذلك إنّما يلزم لو كان في مقام بيان الحكم وشرائطه، وامّا لو كان في مقام تشريع الحكم، أو مقام بيان بعض الأغراض التي لا ينافيها الإهمال، كقول الحكيم للمريض «لابدّ لك من أن تشرب الدّواء» فلايجوز التمسّك بالإطلاق.

فنقول: امّا كون المراد من حلّية البيع صحّته وجواز ترتّب الآثار المبتنية عليه وحصول الملكية به فغير بعيد، بل هو الظاهر من قول القائل: «المعاملة الكذائيّة حلال» وذلك لإطلاقهم المعاملة كثيراً ما على المعاملة الّتي يترتّب عليها الأثر، وكذا البيع الصّادق عليها، واتصافهم إيّاها بالحلّية باعتبار ترتّب الآثار من غير ملاحظة نفس المعاملة من حيث هي مع قطع النّظر عن الآثار، فيكون علىٰ هذا معنىٰ قوله تعالىٰ: ﴿**أحلَّ اللهُ البيع**﴾[1] الّذي يتوصّل أهل العرف به إلى ترتّب الآثار، ومعنى حلّيته حلّية ترتّب الآثار عليه، لأنّ الظّاهر من استناد الحلّية إلى الأفعال حلّية ما يترتّب عليها من الآثار، وإلاّ فالحكم بحلّية نفس الأفعال من حيث هي من دون ملاحظة الآثار وحرمتها فمستبعدٌ غاية البُعد، وحينئذٍ يكون معناه حلّية ترتّب الآثار عليه، وذلك معنى الصحّة لانتزاعها من الحكم التكليفي على التّحقيق.

وامّا كون الآية في مقام بيان أحكام نفس البيع وشرائطه ففيه تأمّلٌ بعد ملاحظة سوق الآية، وكونها في مقام دفع توهّم كون البيع مثل الرّبا، حيث زعموا أنّ البيع مثل الرّبا فلا حُكمَ بحلّية البيع وحرمة الرّبا، فقال الله تعالىٰ ردّاً عليهم ﴿**أحلَّ اللهُ البيع وحرّم الرّبا**﴾[2] إذ معلومٌ أنّ تلك القضيّة صادقة بحلّية بعض أقسام البيع ولو خرج بعض أقسامه الآخر، والغرض المأتي له الكلام يتحصّل مع اهمال القضيّة أيضاً، فلو كانت مهملة في الواقع لخروج بعض الأقسام باعتبار بعض الشّرائط فيه لا يلزم على المتكلّم الحكيم تعالىٰ قبحٌ أصلاً، لعدم كونه في معرض بيان أحكام البيع

---

١ و ٢ ـ سورة البقرة: آية ٢٧٥.

وشرائطه، إذ لو كان للبيع أحكامٌ وشرائطُ في الواقع وقال الله تعالىٰ: ﴿**أحلَّ اللهُ البيع**﴾[١] بالشّرائط المقرّرة لا يلزم القبح عليه، حيث لا يكون في مقام بيان الشّرائط كذلك لو قال ﴿**أحلَّ اللهُ البيع**﴾ على نحو الإطلاق، فالتمسّك بالإطلاق وحمله على العموم غير متّجه مع عدم إحراز كونه في مقام البيان، فلو شكّ في اعتبار شرطٍ في البيع لايجوز التمسّك بالإطلاق ما لم يحرز كونه في مقام بيان الشّرائط حتّى يكون إطلاقه قرينة على العموم.

الّلهمّ إلّا أن يُستفاد من تمسّك الفقهاء رضوان الله عليهم خَلَفاً عن سلف في أبواب البيوع عند الشكّ في الشرائط، كون الإطلاق في مقام بيان حكم نفسه، بل التمسّك به عندهم من المسلّمات كما لايخفىٰ على المتتبّع، فتأمّل.

الثاني: قوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿**وَلا تأكُلُوا أموالَكُمْ بَيْنَكُمْ بالْباطِلِ إلّا أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ**﴾[٢].

تقريب الاستدلال: إنّ الآية تدلّ علىٰ جواز أكل المال لو كان مستند حصوله تجارةً عن تراض، ولاريب أنّ جواز الأكل كناية عن جواز مطلق التصرّفات، حتّىٰ ما كان موجباً لاتلافه، ولاريب أنّ المعاطات بعد الحكم بكونها بيعاً وتجارةً وعن تراض في نظر العرف، ولايعدّ من الأكل بالباطل لديهم، مشمولة للآية، فالآية تدلّ على سببيّة التّجارة للحلّية الّتي من جملتها المعاطات.

وتوضيح ذلك: أنّ الظاهر كون الاستثناء في الآية منقطعاً، لأنّه لو لم يكن كذلك يلزم أن تكون التّجارة أيضاً من الأكل بالباطل، إلّا أنّه حكم الشّارع بحلّية هذا الأكل مع أنّها في العرف لا تُعدُّ أكلاً بالباطل، ولذا لا يدلّ على انحصار سببيّة حِلّ الأكل بالتّجارة، ضرورة جواز الأكل بالإذن والإباحة وغير ذلك ممّا ليس تجارة قطعاً، إذ لو كان الاستثناء متّصلاً لدلّ علىٰ ذلك، ولكنّه لو كان منقطعاً يكون

---

١ ـ سورة البقرة: آية ٢٧٥.

٢ ـ سورة النساء: آية ٢٩.

بمنزلة الاستدراك عن الكلام السّابق، فيكون حاصل المعنىٰ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، ولكن يجوز الأكل إذا كان حصل المال من التجارة عن تراض.

وبعبارة أُخرىٰ: إنّه تعالىٰ حَرّم أكل المال بالباطل، وبيّن أنّ التّجارة عن تراضٍ ليس من هذا القبيل، فلا يدلّ هذا الكلام أنْ لا شيء من الأموال جائز الأكل غير التّجارة، عن تراض بل حرمة أكل المال بالباطل وجواز الأكل بالتّجارة من غير تعرّض لغيرها إذا لم يكن أكلاً بالباطل، بمعنى أنّه لا يفهم الانحصار منها.

ولكن يمكن الخدشة في دلالة الآية على المراد حيث أنّه يدلّ علىٰ جواز مطلق التصرّفات بناءً علىٰ كون الأكل كناية عنه كما هو الظاهر، ولا يدلّ علىٰ حصول الملكيّة، فلا يثبت بها المطلوب من حصول الملكيّة بالمعاطات.

ويمكن أن يجاب: بأنّها تدلّ علىٰ جواز مطلق التصرّفات الّتي منها ما لا يحصل إلّا في ملكٍ كالعتق ونحوه، حيث ورد أنّه «**لا عتق إلّا في ملك**»[١] وجواز هذه التصرّفات ملازمٌ للملكيّة فيثبت بها المطلوب.

الثالث: قوله عليه السلام «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[٢].

تقريب الاستدلال: أنّ ما يحصل بالمعاطات يصدق عليه الملك، واسترداده عنه من غير رضاه منافٍ لسلطنته، منفيٌّ بالحديث.

وفي هذا الاستدلال نظر[٣]: إذ السّلطنة انّما تتحقّق بعد حصول الملكيّة، والكلام في أنّ الملكيّة هل تحصل بهذا حتّى تثبت له السّلطنة أم لا؟، وليس هذا في

---

١ ـ بحار الانوار: ٢/٢٧٢.

٢ ـ الظاهر أنّ تقريب الاستدلال بهذا النحو صدر منا غفلةً عن فهم مرادهم، وهذا إنّما يناسبُ لأثبات اللزوم لا الملكية، واما الاستدلال للملكيّة فتريبه أن يقال: إنّ المتعاملين لم يقصدا بفعلهم الّا البيع كما يشاهد بالوجدان، وعدم تاثير فعلهم في التمليك ينافي سلطنتهم كما لا يخفى، فتأمل. (منه رحمه الله).

٣ ـ عوالي اللئالي: ١/٢٢٢، بحار الانوار: ٢/٢٧٢.

مقام بيان الأسباب الموجبة للتّمليك، فالتمسّك إنّما يتمّ فيما لو شكّ في ثبوت سلطنة خاصّة للمالك بعد إحراز الملكيّة، لا فيما لو شكّ في أصل الملكيّة كما لا يخفىٰ.

الرّابع: استقرار سيرة المسلمين على معاملة المأخوذ بالمعاطات معاملة المِلْك في التصرّف فيه، بالعتق والتّوريث والبيع والوطي والإيصاء وغير ذلك من الآثار الملازمة للملكيّة، وهذه السيرة القطعيّة كاشفة عن إمضاء الشّارع، وعدم ردعه لهم، وهو حجّةٌ قطعاً، وهذه السّيرة بحيث لايمكن لأحد إنكارها، ولذا ما ردّها القائلون بالإباحة، بل تلك السّيرة اضطّرتهم علىٰ قولهم، وانْ لا ينكرون إباحته أيضاً.

❊ ❊ ❊

[في ملزمات المعاطات]

قوله ﴿ﻩ﴾: «**في ملزمات المعاطات على كلّ من القول بالملك والقول بالإباحة**»[1].

أقول: التّعبير بالملزمات عن المقدورات إنّما يصح على القول الأوّل أعني القول بإفادتها الملكيّة، لأنّه قد ثبت بالدّليل أنّ الملكيّة الحاصلة بها جائزة. بحيث يجوز لكلّ من المتعاطيين الرّجوع إلىٰ ما كان ملكاً له بعد صيرورته ملكاً للآخر بالمعاطات، ولكنّه بتحقّق إحدى المعدودات تصير الملكيّة لازمة، فهي مُصيرة لمّا كانت جائزة لازمة، بمعنى أنّه لايجوز بعد ذلك لواحدٍ منهما إبطال المعاطاة. فكان إطلاق الملزم عليه في محلّه، بخلاف القول بافادتها الاباحة لأنّه ليس المقصود أنّ بها تصير الاباحة الّتي كانت جائزة لازمةً، ضرورة استلزام الإباحة ـ جائزة كانت أو لازمة ـ بقاء العين في ملك المالك حتّىٰ يعقل إباحة التصرّف، وبعد إتلافها لزوم الاباحة غير معقول، لأنّه فرع تحقّق الموضوع فإطلاق الملزمات عليها في هذه الصورة مسامحة في التّعبير.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٩٠ سطر ٣٤.

قولهﷺ: «**لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدّمة**»[١].

يعني بها الاستصحاب، وقوله ﷺ: «**النّاس مسلّطون**»[٢]، وكذا «**المؤمنون عند شروطهم**»[٣]، و«**أوفوا بالعقود**»[٤] وغير ذلك ممّا ذكره ﷺ تمسّكاً لأصالة اللّزوم في الملك.

قولهﷺ: «**وامّا على القول بالإباحة فالأصل عدم اللّزوم لقاعدة تسلّط النـاس على أموالهم**»[٥].

أقول: إثبات الأصل المذكور بالقاعدة المذكورة إنّما يتّجه لو قلنا بأنّ الإباحة إنّما جائت من قِبل المالك، لأنّها مستندة حينئذٍ إلىٰ سلطنته، فحيث شاء أمضاها، ومتى أراد يرجع عنها، فالأمر موكول إليه، فإذا شككنا في جواز الاسترداد بمقتضى القاعدة المذكورة يحكم به، هذا إذا كانت الإباحة مالكيّة.

وامّا لو كانت شرعيّة ـ كما هو الأقوى على القول بها ـ فالتمسّك بها مشكلٌ لإنقطاع سلطنة المالك بها، لأنّها جاءت من جانب الشّارع من دون إذن المالك، لأنّ ما قصده المالك أعني التّمليك لم يقع، وما وقع أعني إباحة التصرّف من غير انتقال العين لم يقصده المالك، وإنّما ثبت بحكم الشّارع، وهذا أعني جواز التصرّف في ملكه بدون إذنه منافٍ لسلطنته فبذلك انقطع سلطنته، فلو شكّ في ثبوتها بعد ذلك يتمسّك باستصحاب المخصّص الّذي هو جواز التصرّف في ملكه من غير اذنه، إلّا أنْ يدّعىٰ دلالة الأدلّة الدالّة علىٰ ثبوت السّلطنة للمالك على العموم الأزماني، فلو خرج الحكم في قطعة من الزّمان عن تحت العام لدليل يبقى العام بالنّسبة إلىٰ بقيّته

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٩٠ سطر ٣٥.

٢ ـ عوالي اللئالي: ١/٢٢٢، بحار الانوار: ٢/٢٧٢.

٣ ـ وسائل الشيعة: ٢١ باب ٢٠ ص٢٧٦.

٤ ـ سورة المائدة: آية ١.

٥ ـ كتاب المكاسب: ٩٠ سطر ٣٥.

علىٰ عمومه، لأنّه حينئذٍ بمنزلة أحكام عديدة يشمل كلّ جزء جزء كما ثبت في محلّه، فالأصل فيها علىٰ هذا القول بمقتضى القاعدة الجواز.

ولكنّ الدعوىٰ مدفوعة: بأنّ المستفاد منها كونها حكماً واحداً بسيطاً مستمرّاً ما دام الملك باقياً، لأنّها أحكام متعدّدة بالقياس إلى أجزاء الزّمان، إذ الظّاهر من قوله ﷺ: «النّاس مسلّطون»[1] وكذا غيره أنّ السّلطنة مستمرّة للمالك ما دام الشّيء في ملكه، ولا يدلّ على أنّ له في كلّ جزء من أجزاء الزّمان سلطنة مستقلّة كما لايخفىٰ، وحينئذٍ لو شكّ في بقاء الحكم المخصّص يرجع إلىٰ ما يقتضيه الأصل فيه أعني بقاء حكمه لا إلىٰ عموم العام، وإثبات حكم العام له بعد ذلك الزّمان يحتاج إلىٰ دليل آخر كما تحقّق في محلّه، ولايخفىٰ أنّ استصحاب المخصّص لا يثبت به إلّا إباحة التصرّف في الزّمان المشكوك.

وامّا خروجه عن ملك المالك وصيرورة البدل ملكاً له فلا، بل مقتضى الأصل بقاء الملكيّة في ذلك الزّمان، ويتفرّع علىٰ ذلك أنّا لو منعنا اجراء الاستصحاب في المخصّص أيضاً وقلنا إنّ موضوعه ما إذا لم يثبت المنع من المالك، لابدّ أن يرجع حينئذٍ إلى قاعدة أُخرى كحكم العقل بجواز تصرّف المالك في ملكه، لا من جهة العموم لما عرفت من عدم جواز التمسّك بالعام في مثل المقام.

هذا، ولكنّ الإنصاف في هذه الصّورة ولو قلنا بكون الإباحة شرعيّة أيضاً الجواز، لأنّ سلطنته غير منقطعة بالكلّية، بل تجويز الشّارع التصرّف مقيّدٌ بعدم الاسترداد، وبعدم إبطال التّعاطي، فله أن يستردّ وأنْ يُبطل، فهذه السّلطنة ثابتة للمالك ولو في زمان التّعاطي، نعم ليس له ما دام راضياً بالتّعاطي المنع عن التصرّف لإباحته شرعاً، ولكن له الإبطال فمتىٰ شكّ في الّلزوم يحكم بجواز الابطال بالاستصحاب، ولا يعارض باصالة جواز التصرّف لوروده عليه، لأنّ موضوعه

---

١ ـ عوالي اللئالي: ١/ ٢٢٢، بحار الأنوار: ٢/ ٢٧٢.

مقيّد بعدم الإبطال.

واعلم أنّا قد ذكرنا أنّ الأقوى علىٰ فرض القول بالإباحة كونها شرعيّة لا مالكيّة لعدم اذن المالك وامضائه إيّاها، ولكنّه قد يظهر من بعض المحقّقين أنّ الإباحة مالكيّة حيث ذكر في وجهها أنّ التّمليك الّذي قصده المتعاطيان لازمه الاذن في التصرّف لأنّه لا ينفك عن الإذن، وبعد حكم الشّارع بعدم حصول التّمليك فلا مانع من جواز التّصرف الّذي فهم ضمناً بالالتزام، فجواز التصرّف مستند إلى اذن المالك لا إلى جعل الشّارع في هذا المقام بخصوصه.

وفيه **أوّلاً**: النّقض بالبيوع الفاسدة حيث أنّهم قائلون بعدم جواز التصرّف في البيع بعد كشف حالها، فلو كان الإذن المستفاد من التّمليك موجباً لجواز التصرّف وإباحته لكان التصرّف فيها أيضاً جائزاً لعدم الفرق بينهما.

وثانياً: بالحلّ، وهو أنّ اذن المالك بعد التّمليك غير معقول، إذ الفعل الصّادر من المالك انّما هو صيرورة الشّيء ملكاً، وامّا جواز تصرّفه فمن آثار الملكيّة، ألا ترى أنّه ليس له المنع عن التصرّف بعد جعله ملكاً له، فالاذن بعد التّمليك بمنزلة قوله تصرّف في ملكك وهذا لا يفيد شيئاً.

إنْ قلت: هذا الذي ذكرت أنّه مستفاد من التّمليك يكفي في ثبوت الإذن.

قلنا: بعد النّقض بالبيوع الفاسدة، أنّ الاذن في التصرّف بزعم كونه ملكاً للغير لا يكفي في جواز التصرّف لو كان في الواقع ملكاً لمن اذن التصرّف.

قولهﷺ: **«لو سلّم جريانها»**[1].

لعلّه أراد إمكان منع اجراء أصالة بقاء الإباحة لإرجاعه إلى الشكّ في المقتضي، بأن يقال بأنّ الشكّ مستند إلىٰ كيفيّة اقتضاء المقتضي حيثُ لا نعلم أنّ

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٩١ سطر ١.

سببيّة المعاطات لإباحة التصرّف مطلقاً بحيث يشمل الصّورة المشكوكة، أو انّها ما دام لم يمنع المالك؟ ولو قلنا بأنّه من هذا القبيل أعني الشكّ في المقتضي لم يجر الاستصحاب فيه على مختاره ﷺ، إلّا أنّ إرجاعه إليه لا يخلو عن تأمّل، لأنّ المنع على فرض تأثيره مانع عمّا اقتضاه المعاطات وإلّا ففي كلّ مورد يشكّ في طروّ المانع يمكن إرجاعه إلى الشكّ في المقتضي بهذا التّقرير، فافهم.

قوله ﷺ: «إنّ تلف العوضين يلزم»[١].

أي ملزمٌ للمعاملة المعاطاتيّة التي كانت جائزة، وهذا لا ينافي كون متعلّق الشكّ في الجواز موضوع التّراد، إذ تبعيّته لو كانت متعلّقة التّراد أيضاً لسرى الجواز في أصل المعاملة، وإلّا فإطلاق الملزوم مساحة في التّعبير كما لا يخفىٰ.

قوله ﷺ: «لأنّ تلفه من مال مالكه، ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه، وتوهّم جريان قاعدة الضّمان باليد هنا مندفع بما سيجيىء»[٢].

وأراد ممّا سيجيئ، ما ذكره فيما لو تلف أحد العينين، من أنّ التمسّك بعموم على اليد هنا في غير محلّه بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل التلف لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده إذا بنىٰ مالك العين المأخوذة على إمضاء المعاطات ولم يرد الرّجوع.

أقول: إنّ هنا أصلين على القول بالإباحة:

أحدهما: جواز تصرّف كلّ من المتعاطيين فيما بيده من مال الآخر بأيّ نحو شاء من التصرّف، الّذي من جملته الأكل والشّرب والإنفاق والإعطاء والبيع وغير ذلك، كما التزم القائلون بالإباحة.

وثانيهما: قاعدة (من أتلف مال الغير فهو له ضامن)، وهذه القاعدة تشمل ما

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٩١ سطر ١، وفيه: ملزمٌ.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٩١ سطر ٢.

نحن فيه لعمومها، لصدق اتلاف مال الغير لو أكل المال أو شربه أو باعه وغير ذلك، ولا منافاة بين مدلولي القاعدتين حتّىٰ يخصّص أحدهما بالآخر، أو يكون أحدهما حاكماً على الآخر، أو يرجع إلى أصل، اذ من الجائز أن يجوز التصرّف بشرط الخروج عن عهدته، إذ مقتضى قاعدة من أتلف أنّه يجب الخروج عن عهدة ما أتلف بأيّ نحو حصل، فمقتضى الجمع بين الأصلين تحقّق الضّمان بالاتلاف، ووجوب الخروج عن العهدة، ولكنّ التصرّف سائغٌ شرعاً من غير حرمة، وقد عرفت أنّ معنى الضمان الخروج عن عهدة ما أتلف.

وبالجملة: الواجب على المتلف هو الخروج عن العهدة، ولا شبهة أنّه يجب علىٰ هذا الشّخص الخروج عن العهدة، وخروجه عن العهدة بالإجماع منحصرٌ برفع اليد عمّا أباحه للآخر، بحيث لو لم ينعقد الإجماع على الانحصار لكان الّلازم على القائلين بالإباحة الإلتزام بوجوب الخروج عن العهدة ببذل المثل أو القيمة لكونهما أقرب من التّالف، ولكن بعد قيام الإجماع علم أنّ ما في يد كلّ من المتعاطيين من مال الآخر بدلٌ جعليٌ عن ماله علىٰ فرض تلفه بيد الآخر.

فتبيّن ممّا ذكرنا أعني من تعميم الخروج عن العهدة بحيث يعمّ البدل الجعلي أنّه لا داعي لتخصيص القاعدة به مع عدم التّنافي بين مدلوليها، وإلىٰ هذا أشار المصنّف‌ﷺ علىٰ نحو الاحتمال، وسيجيءُ مزيد توضيح لذلك من جريان الأصل ومعارضته وغير ذلك من الأحكام عند الكلام فيما لو تلف إحدى العينين إن شاء الله تعالىٰ.

قوله‌ﷺ: «ومنه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك»[1].

أي من أنّ الأصل في الملكيّة الّلزوم، والمعلوم خروجه عن مقتضى الأصل هو

١ ـ كتاب المكاسب: ٩١ سطر ٨.

صورة إمكان التّراد، وامّا غيرها فمشكوك محكوم بحكم الأصل بالّلزوم.

وتوهّم: جريان استصحاب الجواز في صورة الشّك.

مـدفوع: بعدم إحراز موضوع المستصحب، لاحـتمال اخـتصاصه بـالصّورة المذكورة كما لايخفىٰ.

* * *

[في شروط البيع]

مسألة: هل يجوز تقديم القبول على الإيجاب أم لا؟[1]

فيه تفصيل سيتّضح إن شاء الله، ولا يخفى أنّ هذه مبتنية علىٰ مذهب المشهور من عدم كفاية مطلق اللّفظ في اللّزوم، وامّا علىٰ ما قويّناه سابقاً من كفاية المعاملة العرفيّة في الملكيّة، وأنّ الأصل فيها اللّزوم، خرج منها ما خرج مثل المعاطات، حيث أطبقوا علىٰ عدم اللّزوم فيها، فالأمر بيّن حيث نقول بالصحّة واللّزوم لو لم يقم دليل على الخلاف، وتنقيح المقام يتوقّف علىٰ رسم مقدّمتين:

الأُولىٰ: أنّ الافتعال وكذا الإنفعال لا يدلّ إلّا علىٰ حصول الأثر لا قبوله كما هو التّحقيق، بمعنى أنّ مفهوم القبول ليس جزءً لما هو الموضوع له لهذا اللّفظ، نعم قد يفهم منه القبول لو تعقّب الفعل لا مطلقاً، كما لو قيل ابتداءً: (انكسر الكوز)، لا يفهم منه إلّا وقوع الكسر وحصوله فيه، بخلاف ما لو قيل: (كسرته فانكسر) حيث يفهم منه قبوله، والسرّ في ذلك أنّ حصول الفعل فرع قابليّته له، وذكره بعد إيراد الفعل

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٩٦ سطر ١٣.

ليس إلّا لبيان قابليّة المحلّ، وذكر الفعل في هذا المقام لإفادة إيجاد الفاعل الأسباب المستندة إليه في حصول الأثر لا أنّه أوجده، وإلّا فذكر الإنفعال لغو مستدرك، فحاصل معنى الكلام أنّي أوجدت سبب الكسر وحصل الكسر فيه، يعني كان قابلاً له، ولذا يصحّ أن يقال: (كسرته فلم ينكسر) يعني ما حصل الكسر فيه ولم يقبله، كما أنّه قد يقال: «علّمته وما تعلّم»، و«حمّلته ولم يتحمّل»، ومن هذا القبيل «ذكّرته فلم يذّكِر» إنْ أُريد من عدم الادّكار حقيقته فيكون المراد أنّ نسيانه بمرتبة لا يرفعه الذّكر.

وامّا إن أُريد منه عدم المنفعة وعدم ترتيب آثار الذّكر، بمعنى أنّه لا يترتّب آثار الذّكر فخارجٌ عمّا نحن فيه، نظير «وعظه فلم يتّعظ» أي لم ينفع به الوعظ، فتأمّل[1].

ولايتوهّم: أنّه يلزمنا على هذا، القول باشتراكه بين المعنيين، إذ لا ندّعي أنّه في هذا المورد استعمل في معنىً مغاير للمعنى الأوّل.

بل نقول: إنّ ذلك المعنى، أعني حصول الأثر معنىً بحيث لو استعمل في هذا المورد لاستفيد منه القبول بالالتزام، فافهم.

الثانية: إنّه كما انّ للمعاملات وجودات عينيّة[2].

---

١ ـ وجه التأمّل: أنّه علىٰ هذا أيضاً قد استعمل في هذا المعنى، والمثال أيضاً كذلك، إلّا أنّ عدم القبول وعدم حصول الفعل كناية عن عدم المنفعة حيث ذكر الملزوم أعني عدم حصول الفعل فيه وأُريد منه الّلازم، أعني عدم ترتيب آثار الحصول، فافهم. (منه ﷺ).

٢ ـ لبيان توقّف صدق الّلفظ على المعاملة على اتّحاد الماهية الملفوظ بها مع ماهيتها الموجودة بالوجود الخارجي، وإلّا لايصدق أنّه لفظ لتلك المعاملة، بل هو لفظ أجنبيّ.

توضيح ذلك: إنّ للماهيات وجودات في عوالم أربعة:

تارة: توجد بالوجود الخارجي. وأُخرىٰ: بالوجود الذّهني.

ومرّة: بالوجود الّلفظي.

ورابعة: بالوجود الكتبي.

←

كذلك لها وجودات لفظية، يعني كما أنّ لماهياتها تحقّقاً خارجيّاً كذلك لها تحقّقاً لفظيّاً، ومعلوم أنّ من اعتبر اللّفظ في المعاملات يريد ماهية ملفوظة بحيثُ لو جُرّدت عن كسوة اللّفظ وتحمّلت بوجودها العيني لكانت بعينها هي المعاملة الخارجية؛ فالمناط كلّ المناط بعد اعتبار اللفظ في الصحّة في معرفتها ملاحظة الوجود الخارجي العينيّ للمعاملة الملفوظ بها، وإيجاد ماهيتها في ضمن اللّفظ، فلا تكفي الألفاظ الغير المنطبقة عليها فيها، بل لابدّ أن تكون الألفاظ بماهيتها عين ماهية المعاملات.

إذا عرفت هذا فنقول: إنّ المعاطات علىٰ قسمين:

قسم منها: أن تكون مشتملة على النّقل والإنتقال في كلّ من الطّرفين.

وقسم منها: ما لا يكون إلّا من طرف واحد كالهبة والقرض.

وامّا القسم الأوّل: كالبيع فانّ كلّاً من الطّرفين أعني البايع والمشتري

← وقد تبيّن في محلّها أنّها بأعيانها موجودة في هذه العوالم، وحينئذٍ لو قلنا إنّ صحّة البيع موقوفة على أن يكون مُنشأً باللّفظ، معناه أنّ ماهيته الّتي لو تحقّقت في الخارج لكانت بيعاً خارجيّاً أنْ توجد باللّفظ، ومعلوم أنّ تلك الماهية لو لم يعقل تقدّم بعض مقوماتها على الآخر في الوجود الخارجي، أعني القبول في الخارج الّذي هو عبارة عن الأخذ الخارج لا يعقل تقدّمها في هذه الوجودات أيضاً، وإلّا لم تكن هذه بعينها هي، وهذا خلفٌ.

إن قلت: لعلّ الامتناع بواسطة الوجود الخارجي، بمعنى أنّه من عوارض ذلك الوجود، لأن لوازم الماهية نظير الاحراق للنّار، فلا مانع من الإمتناع في هذا العالم والإمكان في سائر العوالم، لاختلاف الوجودات.

قلت: انّ تأخّر القبول الفعلي الذي هو عبارة عن الأخذ عن إيجابه إنّما هو بالطبع لا بالوجود، ولذا لا ينفكّ في التصور أيضاً عنه، إذ لا يعقل تصوّر الأخذ بدون تصوّر إعطاء الغير، وامّا بعض الصّور الذي قلنا بجواز تقديم القبول لو لم يكن بهذا اللّفظ بل بلفظٍ آخر كـ(اشتريت) و(بعت) ونظائرهما فقد عرفت أنّها ليست من تلك الماهيّة حقيقة، أعني ماهية القبول، وانّما تسمّى قبولاً لمناسبةٍ أشرنا إليها، بل هي ماهية التملّك حقيقة، وقد بيّنا أنّ البيع الخارجي كما يتحقّق بالّتمليك الفعلي والقبول الفعلي كذلك يتحقّق بالّتملك والّتمليك الفعليين. وهذه التعابير لهذه الماهية، فافهم. (منه ﷺ).

ناقلٌ ومنتقل.

أمّا البـايع: فينقل المتاع ويأخذ الثمن والمشتري بالعكس، ولكنّ الظّاهر من فعل البايع انّه يُملّك بالعوض والمشتري يتملّك كذلك، وذلك النّقل والإنتقال الواقع بينهما علىٰ قسمين:

تارةً: يبتدء البايع بتمليك المبيع ونقله إلى المشتري.

واُخرىٰ: يبتدء المشتري بنقل الثّمن وتملّك المبيع.

والحاصل: أنّه كما تتحقّق المـعاملة الخـارجـية بـبذل البـايع المـبيع وأخـذ المشتري، كذا تتحقّق بنقل المشتري الثّمن بعنوان العوضيّة ابتداء وأخذه البايع بهذا العنوان، فقوام البيع الخارجي في القسم الأوّل انّما يكون بالتّمليك من جانب البايع والأخذ من طرف المشتري، وهو قبولٌ فعلي، وهو كاشف عن قصد التّمليك والرّضا بنقل العوض، وتقوّمه في القسم الثاني بالتملّك الفعلي الّذي يكشف عنه نـقل الثّـمن بعنوان العوضيّة، والتّمليك الفعلي الّذي يتحقّق بأخذ الثّمن بهذا العنوان.

ولايذهب عليك أنّ الملحوظ أوّلاً وبالذّات من فعل المتبايعين إنّما يكون تمليك البايع وتملّك المشتري، وامّا تمليك المشتري الثّمن وتملّك البايع إيّاه بعنوان العوضيّة إنّما هو ملحوظٌ ثانياً وبالعوض، ولهذا لا يعبّرون عن البايع بالقابل وعن المشتري بالموجب، وكفاية أخذه في القسم الثاني في البيع لكشفه عن التّمليك، لا لأنّه متقوّم بالقبول الفعلي.

وإذا عرفت ما تلونا لك من أنّ أخذ المشتري المبيع الّذي هـو قـبول فـعليٌّ مستلزم لقصد التملّك ونقل العوض، أنّه ممّا به يتقوّم ماهيّة البيع، ومعلوم أنّه لا يعقل تقدّم هذه الماهيّة، أعني علىٰ نقل البايع، علمتَ أنّ ما هو تعبيرٌ عنها ـ أعني القبول الّلفظي، وقد يُعبّر عنه بالرّضا ـ لايجوز تقدّمه على النّقل الّلفظي أعني الإيجاب، لما بيّنا في المقدّمة من أنّ الّلفظ لابدّ أن يكون بحيث لو تحـقّق في الخـارج لكـان هـو الموجود الخارجي، وقد عرفت أنّه لا يجوز تحقّقه في الخارج بوصف التّقديم.

وما قد يتوهّم: من جواز إنشاء القبول والرّضا قبل الإيجاب في اللّفظ، كأن يقول المشتري: «قبلتُ تملّك هذا الشيء بالعوض» ثمّ قال البايع: «ملّكتكَ» لتحقّق الايجاب والقبول.

مدفوع: بأنّ هذا ليس إنشاء الّذي هو ركن العقد، بل الرّكن هو القبول المتأخّر نظير الأخذ، وانّما يكون هذا بمنزلة الإخبار عن القبول المتأخّر والرّضاء به، وهذا التعبير غير مندرج في القسم الثّاني، إذ القسم الثّاني عبارة عن إنشاء التملّك، وهذا اللّفظ إنشاء الرّضا بالتملّك وبينهما فرق بيّن، والتّعبير عن القسم الثاني أعني التّملك الفعلي إنّما يكون بلفظ (اشتريت) و(ابتعت) ونظائرهما ممّا يدل على مجرّد التملّك دون القبول، وقد تبيّن في المقدّمة الأُولىٰ أنّ هذه الألفاظ من حيثُ هي غير متضمّنة لمعنى القبول، ولو قلنا بدلالتها عليه لكان حالها كحال سابقه في عدم جواز التّقديم، وقد بيّنا في تلك المقدّمة أنّ هذه الألفاظ لو تأخّرت لدلّت على المطاوعة أيضاً، فيجوز التّعبير بها في القسم الأوّل أيضاً بدلاً عن لفظ القبول ونظائره، ولو لم نقل بدلالتها في هذه الصّورة أيضاً على المطاوعة لايخفىٰ أنّه أيضاً يجوز التّعبير بها متأخّراً، لما عرفت من أنّ قوام العقد بالّتمليك والتملّك وانّما صار الأخذ متقوّماً لدلالته عليه.

وبما ذكرنا تبيّن أنّه لا يكفي في القبول الاستدعاء كأن يقول المشتري: «بعني هذا الشّيء»، فقال البايع «بعتُكَه»، بل لابدّ له من لفظ متأخّر، فافهم.

هذا تمام الكلام في القسم الأوّل أعني ما كان النّقل فيه من الطرفين.

وامّا القسم الآخر: وهو ما لا يكون النّقل فيه إلّا من طرف واحد:

فقد تبيّن حاله من عدم جواز تقديم القبول فيها بأيّ لفظ كان، كالهبة الغير المعوّضة، والقرض، والرّهن، إذ لا تحقّق لها في الخارج إلّا ببذل المالك العين وأخذ المتّهب له أو المقترض أو المتّهب إيّاها، وقد عرفت أنّه لا يمكن التّعبير عن الأخذ بلفظٍ إلّا متأخّراً، والمفروض لا نقل من طرف القابل ولو بعنوان العوضيّة حتّىٰ يُبتدء به في الوجود الخارجي.

واٰمّا الالتزام بالمقتضي وإنشائه كما في قول المرتهن: «قبلتُ برهن العين» قبل قول الرّاهن، فقد عرفت أنّه ليس القبول الّذي هو ركن العقد، بل هو بمنزلة الإخبار عن الرّضا المتأخّر الّذي هو ركن العقد فلايجوز تقديمه.

واٰمّا لو قال: «ارتهنتُ» فهو وإن لم يكن قبولاً بل إنشاء حصول ذلك المعنى والالتزام به، إلّا أنّه ليس بهذا الاعتبار فعلٌ خارجي بحذائها ويكون ركناً خارجاً للعقد حتّىٰ يصدق عليها أنّه لفظه، فتبصّر.

ثمّ لايخفىٰ عليك أنّه لا يلزم علىٰ ما ذكرناه من لزوم اتّحاد الأركان اللّفظية مع الأركان الخارجيّة من حيث الماهيّة بعد اعتبار اللّفظ في الصحّة أن نقول بكفاية كلّ لفظ هو كذلك في الصحّة، بل اللّازمُ الالتزام بعدم كفاية ما ليس كذلك فيها، فلا ينافي ما ذكرناه قيام دليل خاصّ علىٰ عدم كفاية بعض الألفاظ المتّصفة بالصّفة المذكورة. نعم لو ثبت دليل علىٰ كفاية بعض الألفاظ في القبول، مع عدم كونها متّصفة بالصّفة المذكورة، كورود نصٍّ أو قيام اجماعٍ علىٰ كفاية الاستدعاء في القبول في بعض العقود مثلاً، يكشف ذلك عن عدم توقّف ذلك العقد على القبول اللّفظي، بل يكفي فيه القبول الفعلي في الصحّة.

ويمكن أن يقال: إنّ هذا لا يدلّ على كفاية مطلق القبول، بل يدلّ على كفايته لو تعقّب لفظاً يكون بهذه المثابة، أعني ما يدلّ على الرّضا بالعقد وإن لم يكن من الأركان إلّا انه من شروط الصحّة، بمعنى أنّه يمكن أن يشترط القبول الفعلي في التأثير أن يكون مسبوقاً بلفظ، وذلك اللّفظ يدلّ على الرضاء به لا لفظ نفس القبول، إذ قد عرفت عدم إمكان تقدّمه فافهم وتأمّل فانّ المقام لا يخلو عن دقّة.

❊ ❊ ❊

ومن جملة شروط البيع الجزم والتّنجيز

امّا الجزم: أن يكون المتبايعان قاطعين بحصول الأثر حين إيقاع العقد، ولا يعلّقانه على شيء يوجب الجهل.

وامّا التّنجيز: بأن لا يكون معلّقاً علىٰ شيء بأدوات الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشّيء لا في غيرها.

والظّاهر علىٰ ما حكي عن العلّامة ﵀ انّه اكتفىٰ في الاشتراط بالجزم ثمّ فرّع عليه عدم جواز التّعليق[1].

والظّاهر أنّ اعتبار الشّرطين ـ بمعنى عدم جواز التعليق في الجملة ـ إجماعيّ، ولكن الكلام في بيان مدرك الإجماع، أعني وجه الاشتراط وبيان مورده وكونه كاشفاً عن رأي المعصوم﵇، وقبل الخوض في الاستدلال لابدّ من ملاحظة البيع العرفي بل مطلق المعاملة العرفيّة بحيث عيّن الماهية المملّكة عندهم عن غيرها حتّىٰ

١ ـ قواعد الأحكام: ١٤١.

يُعرف أنّ هذين الشّرطين هل هما معتبران في تحقّق الأسباب المملّكة عندهم، أم اعتبارهما مختصّ بالمعاملة الشرعيّة؟، إذ لو اعتبرا فيها لما احتاج إثبات اعتبارهما في المعاملة الشرعيّة إلىٰ دليل مغاير لما يدلّ علىٰ صحّة أصل المعاملة، لأنّ الأدلّة الشرعيّة من قبيل «**أحلّ الله البيع**»[1] وغيره ممّا يدلّ على صحّة المعاملة إنّما هي ناظرة إلى المعاملة العرفيّة، فما كان معتبراً في تحقّق ماهيّاتها لا محالة معتبر في البيع الشرعي.

والحاصل: إنّ تنقيح المقام يتوقّف علىٰ معرفة الأسباب المملّكة في أنظار أهل العرف، من أنّها هل متحقّق عندهم مع التعليق، أم يتوقّف عندهم تحقّقها على الجزم والتّنجيز، وبدونها لا يرتّبون عليها حال كونها مجرّدة عن هذين الشّرطين آثار الملكيّة، بل يعدّون ما صدر من المالك من اللّفظ مثل قوله: «هذا لك إنْ جاء زيد من السّفر» مجرّد الوعد على الإعطاء، ولا يحصل به ـ مع قطع النّظر عن إمضاء متأخّر عن حصول الشّرط ـ تمليك عندهم، فيكون علىٰ هذا إنشاء التّمليك علىٰ هذا منافياً للتّعليق فيه؟



١ ـ سورة البقرة: آية ٢٧٥.

«تفصيل»

«قاعدة كلّ عقد يُضْمَنُ بصحيحه يُضْمَن بفاسده، وما لا يُضْمَن بصحيحه لا يضمن بفاسده»

والكلام فيها تارة في معناها وما أُريد منها، وأُخرىٰ في مدركها.

أمّا الكلام في المقام الأوّل فنقول: إنّ المراد بالعقد أعمٌّ من الّلازم والجائز، بل ما فيه شأنيّة الإيقاع، إذ المراد منه مطلق العهد، فيشمل الجُعالة والخُلع والوكالة وغير ذلك من المعاهدات، وهذا ظاهر لمن لاحظ كلمات الأصحاب وموارد ذكرها.

والمراد بالضّمان أنْ يكون دَرَك المضمون فيه وخسارته في ماله الأصلي لا فيما تملّكه بهذا العقد، فاذا تلف وقع نقصانٌ فيه لوجوب تداركه منه، فمعناه كلّ عقد يترتّب عليه الخسارة في ماله الأصلي بصحيحه كذلك يترتّب فيه بفاسده أيضاً كذلك، وما لا يترتّب بصحيحه خسارة كذلك لا يترتّب بفاسده أيضاً خسارة.

وتوهّم: أنّ المراد منه مجرّد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له.

مدفوع أوّلاً: بأنّ هذا ليس معنى الضّمان أصلاً، إذ لا يقال أنّ الإنسان ضامن

لأمواله مع أنّ تلفها في ملكه.

وثانياً: إنّ هذا المعنى يتمّ في طرف العكس، إذ لا يصدق على العين الموهوبة بعد تلفها أنّها تلفت مملوكة له، مع أنّه لا يُضْمن بفاسده كما سيتّضح فيما بعد إن شاء الله تعالىٰ.

وكذا لا يستقيم هذا المعنىٰ في طرف الفساد، إذ بعد فرض الفساد لا يكون المضمون فيه ملكاً له حتّىٰ يصدق عليه أنّه تلف مملوكاً له، فلابدّ أن يكون بالمعنى المذكور، إذ إرادة هذا المعنى في هذا الطرف قرينة على أنّ المراد في طرف الصّحيح أيضاً كذلك، إذ الظاهر عدم التّفكيك بينهما في طرف في المقامين، فانّ المراد منهما واحد فيهما مع أنّهم استدلّوا في أمثال المقام علىٰ نفي الضّمان في فاسده لعدمه في صحيحه بهذه القاعدة، وهذا كاشف عن إرادتهم منه هذا المعنىٰ.

ثُمّ لا يخفىٰ أنّ ظاهر العموم المستفاد من لفظ كلّ هو العموم الإفرادي، فمقتضاهُ الثّبوت بملاحظة كلّ فردٍ فردٍ، ولكنّه منافٍ لظاهر لفظ بصحيحه وبفاسده، إذ الظّاهر منهما تحقّق كلّ من القسمين في كلّ فرد مشمول لكلمة كلّ فعلاً، وهو بالنّسبة إلى الفرد الخارجي الشخصي غير متصوّر، لأنّه امّا متّصف بالصحّة أو بالفساد لكونهما متقابلين لا يجتمعان في موضع واحد شخصي، فلابدّ امّا من حمله على إرادة الأنواع من العقود والأصناف، ولكنّ إرادة الأنواع بخصوصها مشكل لأنّ بعض الانواع أصنافها مُضمّنٌ وبعضها غير مُضمّنٍ كالصّلح والهبة، فهي من حيث هي عارية عن الاقتضاء ولها شأنيّة الإتّصاف بكلا القسمين بملاحظة الخصوصيّات والتّشخصات، فلابدّ من الحمل على إرادة الأصناف، بل لا على خصوص الأصناف بحيث ينافي إرادة نوع لا يتّصف بكلا القسمين، بل يُحمل على إرادة معنىً كلّي قابل لتحقّق صحيح فيه وقسم فاسد بحيث يشمل الأصناف لوكانت بهذه الصّفة، وإلّا فالأنواع، فتحمل على إرادة الكلّي الأقرب إلى الأشخاص، وتعيين الحمل عليه بملاحظة هذه المقدّمة الخارجيّة أعني العلم بعدم اقتضاء بعض الأنواع في حدّ ذاتها شيئاً من الضّمان

وعدمه، لا لكونه أقرب المجازات إذ ليس إرادة الأنواع ارتكاب تجوّز في لفظ الكلّي. غاية الأمر انّه كثيراً ما يراد منه العموم بالنّسبة إلىٰ كلّ فرد فرد من أفراد مدخوله، لا أنّه لو أُريد منه كلّ نوع نوع يكون مجازاً، كما لا يخفىٰ.

وامّا نفي الحمل على إرادة كلّ فرد فرد فبملاحظة مدلول الكلام، أعني ظهور لفظ بصحيحه وبفاسده فيما إذا تحقّق القسمان فيه بالفعل، فإرادة العموم بالنّسبة إلى أفراد العقود خلاف ظاهر القضيّة، فلا يتوهّم منه أنّ المراد منه خصوص الأشخاص، وأنّ معناه كلّ شخص من العقود الذي يضمن به لو فرض صحيحاً يضمن به حين فساده، لما عرفت من أنّ ظاهرها وجود القسمين فيه بالفعل لا ما يفرض تارة صحيحه وأُخرىٰ فاسده، مع انه لو كان المراد هذا المعنى لكان اللّازم أن يقال كلّ عقد يضمن بصحّته يضمن بفساده لا بصحيحه وفاسده.

ثمّ انّ لفظة الباء في بصحيحه وبفاسده:

امّا بمعنى في، بأنْ يراد كلّما تحقّق الضّمان في صحيحه تحقّق في فاسده.

وامّا مطلق السّببيّة، الشّاملة للنّاقصة لا العلّة التّامّة، فانّ صحيح العقد قد لا يوجب الضمان إلاّ بعد القبض، وامّا العقد الفاسد فلا يكون علّة تامّة أصلاً بل يفتقر ثبوت الضّمان به إلى القبض وقبله لا ضمان أصلاً، فجَعَل الفاسد سبباً للضّمان امّا لأنّه المنشأ للقبض علىٰ وجه الضّمان الّذي هو سبب للضّمان، وامّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.

هذا مجمل القول في معنى القاعدة.

* * *

وامّا الكلام في مدركها فنقول:

انّ ما ذكروه مدركاً لها أمران:

أحدهما: اقدام الآخذ على الضّمان، وهذا ما أُستفيد من كلام الشيخ ﷺ في

«المبسوط» حيث علّل الضّمان في موارد كثيرة من البيع والإجارة الفاسدين بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى، فاذا لم يسلم له المسمّىٰ يرجع إلى المثل أو القيمة، وتبعه في الاستدلال الشهيد‌ رحمه‌الله في «المسالك».

والثّاني: قوله عليه وآله السّلام «**عَلى اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّي**»[١].

ويرد على الدّليل الأوّل أمران:

أحدهما: إنّه أخصّ من المدّعىٰ من وجه، إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان كما في بيع السّلم والصّرف قبل القبض، بل ومطلق البيع قبل القبض، وقد لايكون الإقدام ويكون الضّمان كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البايع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال البايع: «بعتك بلا ثمن وآجرتك بلا اُجرة» على قول غير الشهيد‌ رحمه‌الله، وهو قّوي في الأخير عدم الضّمان.

وبالجملة نقضه ولو في صورة الطّرد يكشف عن فساد الدّليل، فلا يثبت به المدّعىٰ.

وتوهّم: تخصيصه في هذه الموارد لدليل خاصّ.

مدفوع: بأنّ التّخصيص انّما هو في الأدلّة اللّفظية، وليس في المقام عموم لفظي حتّىٰ يخصّص، وامّا الدليل اللّبي فلا يقبل التّخصيص.

وكذا توهّم: عدم اختصاص الإقدام بالدليليّة بل هو مع القبض.

مدفوع: بأنّه إمّا أن يكون الأخذ حينئذٍ تمام العلّة في وجوب الضمان، فهذا هو التمسّك بقاعدة اليد، وسيجيء الكلام فيه فيكون الإقدام من قبيل الحَجَر الموضوع في جنب الإنسان ولا ربط له في الدّلالة.

وامّا أن يكون هو أيضاً جزءً للعلّة، وهذا أيضاً غير تامّ للنّقض بما لو أقدم على أخذ الوديعة بشرط الضّمان حيث أنّه أقدم على الأخذ بالضّمان.

---

١ ـ عوالي اللئالي: ٢/٣٤٥ حديث ١٠.

ثانيهما: إنّه أقدم علىٰ ضمان خاصّ لا الضّمان بـالمثل والقـيمة، وإذا انـتفت الخصوصيّة انتفى الإقدام رأساً ضرورة انتفاء الجنس عند انتفاء فصله، وليس اقدام آخر منه حتّىٰ يتقوّم به بعد ذهاب الخصوصيّة.

والحاصل: أنّهما أقدما وتراضيا علىٰ ضمانٍ خاصّ ولم يُمضه الشّارع، وبـعد عدم إمضاء الشّارع ذلك الإقدام لا يبقى إقدام آخر ورائه حتّىٰ يصدق على انّهـما أقدما عليه، لأنّ ما رضيا به لم يقع وبغيره لم يرضيا قطّ، فاثبات الضّمان أو القيمة في أمثال المقام يحتاج إلى دليل آخر.

الّلهمّ إلّا أن يوجّه في المقام كتوجيههم في نظائره، مثل النّكاح والطّلاق وبعض البيوع وغير ذلك في كثير من الموارد ممّا يحكمون بصحّته بعد فساد شرط في ضمنه، أو فقد قيد معتبر فيه أنّه ممّا تعدّد فيه المطلوب نوعاً، مثلاً يقال إنّ المقصود من البيع أوّلاً وبالذّات هو تمليك الغير للمبيع وتملّكه للثّمن، وامّا خصوصيّة الثّمن فهو امّا من جهة تحقّق المطلوب في ضمنه وتقوّمه به أو، لأنّه مطلوب آخر فبانتفائه لا ينتفي ما هو المطلوب أوّلاً، وكذا في النّكاح لو فسد المهر فيقال إنّ المقصود أوّلاً وبالذّات هو تحقّق التّناكح، وامّا ثبوت المهر وخصوصيّته فمطلوب آخر، فـانتفاء الخـصوصيّة وفساد المهر لا يوجب ارتفاع أصل النّكاح، وكذا في غيره من المقامات التي حكموا بالصحّة فيها بعد فقد الشّرط والقيد.

ولكنّ هذا التوجيه رأساً لا يخلو عن تأمّل، هذا كلّه مع انّ دليل الإقدام مطلب يحتاج إلى دليل لم نُحصّله لا شرعاً ولا عقلاً كما لا يخفىٰ.

والحاصل: أنّه يرد على دليل الإقدام:

أوّلاً: أنّه لا دليل على أنّ الإقدام موجب للضّمان لا شرعاً ولا عقلاً.

وثانياً: أنّه منقوضٌ طرداً وعكساً كما بيّنا.

وثالثاً: انّا لو سلمنا سببيّة الإقدام للضّمان، فهو إنّما يتمّ بالنّسبة إلى ما أقـدما عليه أعني الضّمان بالمسمّى، والمفروض أنّ الشّارع لم يُمضه، وامّا الإقدام بغيره فلم

يتحقّق بعد.

اللّهمّ إلّا أن يقال انّه من قبيل تعدّد المطلوب، وفيه ما لا يخفىٰ.

وامّا خبر اليد، فالتمسّك به لإثبات الضّمان حَسَنٌ في الجملة بعدما عرفت من منع ظهوره في الحكم التّكليفي إذا استند الظّرف إلى مال من الأموال عيناً كان أو ديناً، ولكنّه لا يثبت به المطلوب، أعني إثبات الضّمان مطلقاً لإختصاص مورده بالأعيان فلا يشمل المنافع والأعمال، لأنّ الظّاهر من اليد والأخذ والرّد أن يكون المتعلّق قابلاً للأخذ باليد، ولا نعني أنّ المراد باليد خصوصها بحيث لا يشمل مطلق الإستيلاء أو الأخذ بغير اليد، بل المراد أنّه يعبّر بهذا التّعبير عند العرف عن الإستيلاء علىٰ شيء قابل للأخذ باليد، فعلىٰ هذا يكون الخبر مختصّاً بالمنقولات من الأعيان. نعم يمكن دعوىٰ تعميمها بالنّسبة إلى مطلق الأعيان بادّعاء صدقه على الاستيلاء على ما لا يُنقل أيضاً، حيث يصدق على من تصرّف ملكاً أنّه في يده، بل هذا الإطلاق شائعٌ في العرف.

وامّا إطلاقه بالنّسبة إلى المنافع والأعمال بحيث يشملها ظاهر الخبر ممنوع، إذ لا يقال علىٰ من سكن داراً أو آجر شخصاً، أنّ سكنى الدّار أو خدمة الأجير في يده، ولكنّه يصدق علىٰ نفس الدّار والأجير انّهما في يده.

فتبيّن ممّا ذكرنا أنّه لا ظهور في شمول الخبر الشّريف للمنافع والأعمال، فلابدّ لإثبات الضّمان فيهما من دليل آخر.

وببيان أوفىٰ: إنّ اليد وإن لم يكن مستعملاً في معناها الحقيقي، إلّا أنّها كناية عن الشّخص الآخذ أو المستولي على الشيء، بقرينة (ما أخَذَتْ)، والتّعبير عنه باليد لكون الآخذ غالباً بها، وكونها آلة له، وقد بيّنا انّه لا يصدق على من استوفىٰ سكنى الدار وخدمة الأجير أنّه أخذ، ولا ينفع في المقام عموم كلمة (ما) بعد خصوصيّة صلتها، فمعنى الخبر، على الآخذ ما أخذ حتّىٰ يؤدّي، ومعلوم أنّ حقيقة الأخذ هو الإمساك بالجوارح وهذا بظاهره لا يشمل إلّا على المنقول، لأنّه هو القابل للأخذ لا

غيره، ولفظ الاداء أيضاً ظاهر في المنقول.

ولكن يمكن ادّعاء ظهوره في مطلق الأعيان، لشيوع استعمالها في ما لا يُنقل أيضاً ولو مسامحة، حيث يطلقون على كلّ عين في تصرّف شخص أنّه بيده وهذا ـ أعني تعميمها الأعيان ـ غاية ما يمكن استظهاره من الرّواية.

وأمّا تعميمها بحيث يشمل المنافع والأعيان أيضاً فمّما لا وجه له كما لا يخفىٰ.

وقد يُستدلّ على إثبات الضّمان مطلقاً بما دلّ على احترام مال المسلم، وانّه **(لا يَحُلّ إلّا عن طيب نفسه)**[1] و **(أنّ حرمة ماله كحرمة دمه)**[2].

وتقريب الاستدلال: أنّه لا شبهة في أنّ المنافع والأعمال تُعدّ في العرف من الأموال ولو حكماً، لكونها ممّا يقابل بها المال، فكما أنّ ماله محترمٌ كذا عمله أيضاً محترم، لأنّه بمنزلة المال، لكونه مقابلاً له فيشملها ما دلّ على احترامه، والظّاهر أنّ كلّ شيءٍ يقابل به المال ويُجعل ثمناً للمبيع مالٌ عندهم، ومعلوم أنّ المنافع والأعمال كذلك لصحّة قولك «بعتك هذا بخدمتك لي سنة»، والقيد الأخير للإحتراز عن بعض الحقوق كحقّ التّحجير حيث يقابل به المال ولكن لا يُجعل ثمناً للمبيع.

ويمكن أن يقال: إنّ بذل المال بإزائه لرفع السّلطنة وإسقاط الحقّ لا بازاء الحقّ فلا يقابل به المال أيضاً، فافهم.

ولكنّ الإشكال في تصوير معنى الاحترام، و **(أنّ حرمة ماله كحرمة دمه)**[3] من أنّه لبيان مجرّد الحكم التّكليفي أو يثبت به الحكم الوضعي أيضاً أعني ثبوت الضّمان؟

فنقول: إنّ هذا الخبر يدلّ علىٰ نفي ما يُنافي الاحترام، وحينئذٍ نقول إنّ عدم تسلّط الشّخص على استرداد ماله المغصوب أو قيمته بعد التلف منافٍ لاحترام المال، كما أنّ عدم اقتدار وليّ الدّم على القصاص أو أخذ الدّية استخفاف وهتك

---

١ ـ بحار الأنوار: ٢٧٩/٨٣، عوالي اللئالي: ١١٣/١ حديث ٣٠٩.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٢، باب ١٥٢، ص ٢٨١.

٣ ـ وسائل الشيعة: ج ١٢، باب ١٥٢، ص ٢٨١.

لحرمته بحيث يقال أنّه هدر دمه.

والحاصل: أنّ نفس جعل الاحترام من حيث هو علىٰ هذا يدلّ على إثبات الضّمان ولزوم الخروج عن العهدة، حيث أنّ عدمه منافٍ للاحترام، وأنّ تشبيه الشّارع له بالدّم يقتضي عموم المنزلة، فهو في قوّة أن يقال إنّ كلّ احترام ثابت للدّم فهو بعينه ثابت للمال أيضاً، وبهذا التوجيه يثبت الضّمان، ولو لم نقل بأنّ نفي الضمان هتك بل مجرّد إثبات الحكم التّكليفي احترام، إذ التّشبيه علىٰ هذا لعموم المنزلة لا لإثبات أصل الإحترام.

وامّا أن نقول إنّ للاحترام مراتب، والتّشبيه إنّما هو في مرتبة الاحترام، فالكلام بمنزلة أنّ هذا الاحترام عِدْل ذلك الاحترام، وكلاهما في مرتبة واحدة، وكلٌّ وزان الآخر، ومعلوم أنّ مرتبة احترام الدّم ليس صرف الحكم التّكليفي بل له مرتبة أُخرىٰ فوق ذلك وهي ثبوت الحكم الوضعي أيضاً لوليّ الدّم أعني السّلطنة على التّقاص، فاثبات تلك المرتبة لمن أتلف ماله معناه السّلطنة على التّقاص بأخذ المثل أو القيمة.

والفرق بين هذا التّوجيه وسابقيه أنّ ثبوت الضّمان هنا معتبر في نفس مرتبة الاحترام وفي سابقه من أحكام احترام الدّم، واثباته هنا لعموم المنزلة وفي الأوّل معتبر في ماهيته لا في مرتبة منه فبانتفائه ينتفي الاحترام رأساً بالتّوجيه الأوّل، وبالتّوجيه الأخير تنتفي تلك المرتبة، ولا ينافي ذلك ثبوت مطلق الاحترام في الجملة دون تلك المرتبة.

وعلى هذا أيضاً لو قلنا بأنّ مجرّد إثبات الحكم التّكليفي، ولو من دون ضمان احترام، فليس نفي الضّمان هتكاً لما عرفت من أنّ التشبيه علىٰ هذا التوجيه لإثبات المرتبة لا لإثبات أصل الاحترام، وعلى كلّ من تلك التّوجيهات الثّلاثة يثبت بها الضمان[1].

---

١ ـ ولكن يمكن أن يُدّعى أنّ تشبيه حرمة المال بحرمة الدّم لبيان كونه عظيماً في نظر الشّارع ←

وكذا يدلّ على المطلب ما يدلّ على أنّه «**لا يَحلّ مال امرىء إلّا بطيب نفسه**»[1]، ولو لم يكن مختصّاً ببيان الحكم التّكليفي.

وتقريب الاستدلال: أنّ الحلّ قد يستعمل بمعنى الأداء والتّجاوز، كما يقال «أحللني بعفوك»، وقولك لمن له حقّ عليك «حلّلني عن كذا وكذا»، أو «اجعلني في حِلّ»، يعني تجاوز مني، وحينئذٍ لو قلنا بأن هذا هو معناه الحقيقي، وفي كلّ مورد استعمل من تلك الموارد مثل «لا يحلّ لك أكل هذا الشيء» بمعنىٰ أنّه لا يتجاوز أكله بحيث يكون أمره سهلاً، بمعنى أنّ هذا هو الجامع في تلك الموارد فيدلّ على إثبات الضّمان.

← كما انّ الدّم كذلك، بادّعاء كونه أظهر صفات المُشبَّه به، ولذا لو انضمّ إليه وعَرْضه أو شبه العَرْض منفرداً لا يكون إلّا لذلك، إذ من المعلوم أنّه ليس لهتك العَرْض ضمان.

وتوهّم أنّ ذكر العرض موجب لصرفه عن ظاهره أعني إثبات الضّمان، مدفوعٌ بعدم ظهور الفرق بين معنى قولنا (حرمة ماله كحرمة دمه)، أو (حرمة ماله وعَرْضه كحرمة دمه)، فهذا يُسقط الخبر عن الدّلالة على المدّعىٰ.

ولكنّ الإنصاف أنّ كونه أظهر الصّفات ممنوعٌ، بل هو في عرض سائر الأوصاف، فلابدّ من تعميم التّشبيه بالنّسبة إلىٰ جميعها فيثبت به الضّمان، وذلك نظير التمسّك لإثبات الدّية بعد الموت لو قطع منه رأسه مثلاً بقوله (حرمة الرّجل ميّتاً كحرمته حيّاً) وذلك لو كان ظاهراً في أنّ حرمته عظيمة لما كان للتمسّك به وقع.

وامّا ما ذكره من انضمام العَرْض إليه فلا ينافي ذلك بعد عدم قابلية المحل لثبوت الضّمان، إذ عدم قابليّة ذلك للتّعميم بالنّسبة إلى الضّمان لايوجب عدم التّعميم في حرمة المال، إذ خروج بعض الأحكام بالنسبة إلى بعض لدليل خارج أو لعدم قابليته للمحل غير موجب لاستعمال الّلفظ في غير ما أثبت به الضمان كما لايخفىٰ.

وبالجملة: الظاهر انّ الخبر لايخلو عن ظهور في عموم المنزلة، وهذا المقدار من الظّهور كافٍ في إثبات الأحكام الفقهيّة اذ لو بنينا على عدم الاقناع بهذا النحو من الظهور في الاحكام الفقهيّة لما بقي لأغلب الأحكام دليل.

فتلخّص ممّا ذكرنا أنّ الخبر يدلّ على إثبات الضّمان في إتلاف مال المسلم، ولكنّك قد عرفت أنّ دلالته على الاعمال والمنافع الغير المستوفاة محلّ تأمّل. (منه ﷺ).

١ ـ عوالى اللئالي: ١/١١٣ حديث ٣٠٩، بحار الانوار: ٢٧٩/٨٣.

بيانه: أنّه لو استعمل في معنى يصحّ إطلاقه علىٰ تلك المشتركات بحيث يصدق على المال المُتلَف بعد تلفه أنّه لا يحلّ له هذا المال، بمعنى أنّه لا يتجاوز بل يبقى علىٰ عهدته ويلزمه الخروج عن عهدته بنحوٍ من الأنحاء، صحّ الاستدلال به لنفي الضّمان، وإلّا فلو استعمل بحيث لا يثبت به إلّا الحكم التّكليفي لايجوز التمسّك به كما لا يخفىٰ.

والحاصل: أنّه لو استعمل «لا يحلّ» في معنىً يصدق بعد التّلف، لابدّ أن يكون المراد منه لزوم الخروج عن العهدة، ويحصل الرّضا بطيب النّفس، وذلك أعني الرّضاء قد يحصل حقيقةً كما في صورة الاسترضاء وحصول الرّضاء والتّجاوز منه، وقد يحصل بحكم الشّارع كما لو قال «لو أتلفت مال الغير فعليك مثله أو قيمته» سواء رضي مالكه بطيب نفسه أو لم يرض، غاية الأمر أنّه تحقّق منك معصية من جهة التصرّف في مال الغير يتجاوز الشّارع عنه بالتّوبة ﴿**إنّ الله يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعاً**﴾[1] إلّا أن يُشْرِك، وحينئذٍ يثبت به الضّمان، لأنّه لو لم يجعل الشّارع بذل البدل في حكم الرّضا للزم أن لايكون لتلك المعصية علاج ولو بعد التّوبة، حين لم يتحقّق الرّضا عنه، ومن البيّن خلافه.

وببيان آخر: أنّه لو قال الشّارع لأحدٍ «لا يحلّ لك مال زيد بعد التّلف»، إذ المفروض صدق ما نحن فيه على ما بعد التّلف، لكان معناه ما يدلّ على لزوم الخروج عن العُهدة.

فنقول: إنّ هنا ـ أعني في إتلاف مال الغير ـ أمرين:

أحدهما: التصرّف في سلطانه وإخراجه المال عن ملكه.

والآخر: أكله، أعني إتلافه وصرفه.

وما هو قابلٌ للخروج عن العهدة هو الثاني، أعني الإتلاف، إذ هو قابل للخروج عن عهدته ببذل البدل أو القيمة، وامّا الأوّل أعني التصرّف وإن كان، إلّا

---

١ ـ سورة الزمر: آيه ٥٣

أنّه ليس قابلاً للتّدارك حتّىٰ يبق علىٰ عهدته، وامّا تعيين الضّمان بالمثل والقيمة فبالإجماع، بأنّه لو ثبت عليه شيء لكان هو المثل أو القيمة.

هذا، ولكن قد يقوىٰ في النّظر ـ مضافاً إلى ادّعاء عدم ظهوره فيما عدا الحكم التكليفي ـ أنّ صدق المال على المنافع والأعمال مشكل عند العرف حقيقة، خصوصاً بالنّسبة إلى الأخير، أعني الأعمال، فدلالته على إثبات المدّعىٰ أشكل.

وبالجملة: دلالته على المدّعىٰ مبنيّة على ادّعاء ظهوره فيما عدا الحكم التّكليفي، وصدق المال على المنافع والأعمال، وهما يتفاوتان في الأنظار.

ولكنّ الإنصاف أنّ المال عند العرف لا يصدق على الأعمال ولا المنافع إلّا المستوفىٰ منها، وامّا غير المستوفىٰ فلم يتحقّق بعد حتّىٰ يتّصف بالماليّة، وامّا بذل المال في مقابلها كما في الإجارة فهو بنحو من الاعتبارات العرفيّة، حيث أنّها عندهم بمنزلة المال لا أنّها مالٌ حقيقة، ولذا يقال انّ فيها تقدير المال، وإذا لم يكن إطلاقه على المنافع الغير المستوفات علىٰ نحو الحقيقة لايجوز التمسّك بالخبر علىٰ فرض تماميّة إلىٰ ما يعمّه.

وقد يُستدلّ إثباتاً للمدرك للقاعدة بأدلّة نفي الضرر والضرار في الشّريعة، وهذا أحسن لو قلنا بأنّه يدلّ على الضّرر في الأحكام الشرعيّة مطلقاً نفياً وإثباتاً، يعني أنّها تنفي الضّرر بالنّسبة إلى الأحكام الجعليّة والتّقريريّة الّتي وكّلها إلىٰ طريقة العقلاء، أعني عدم التّكليف في مورد عدم البيان، فحينئذٍ تدلّ علىٰ أنّه ليس في الشّريعة المطهّرة جَعْل حكمٍ يترتّب عليه الضّرر ولا عدم جعل يكون كذلك، ومعلوم أنّ عدم جعل الحكم بالضّمان فيما نحن فيه ـ ولو بالنّسبة إلى المنافع والأعمال ـ موجبٌ للضّرر، فما دلّ على نفيها يدلّ على ثبوت الضّمان. هذا لو قلنا بعمومها نفياً وإثباتاً.

وامّا لو قلنا بأنّها تدلّ علىٰ نفي الضّرر في مجعولات الشّارع دون الأحكام الغير المجعولة الموكولة إلى العمل بالأصول وطريقة العقلاء، فلا يثبت بها المطلوب،

لأنّها حينئذٍ تدلّ على أنّ الشّارع ما جعل الأحكام الضررية، فلا ينافي أن يكون هذا الحكم الضّرري من المقرّرات مع كونه مطابقاً للأصول.

ولكن لايخفىٰ أنّ ظاهرها هو الأول، فكأنّه فَرَض الأحكام نفياً وإثباتاً شيئاً واحداً وأخبر بأنّ فيها ليس حكماً ضررياً، فافهم.

هذا تمام الكلام في الكبريات، أعني في أنّ للشّيء الفلاني ضماناً، فلنشرع في التكلّم في الصّغرىٰ واندراجه في تلك الكبريات.

فنقول مستعيناً بالله: إنّ قولنا «كُلّ عقد يُضْمن بصحيحه يُضْمن بفاسده» أعني بعد القبض والأخذ، إذ قبله لا ضمان أصلاً في الفاسد، بل ولا في الصّحيح أيضاً.

وليعلم أوّلاً: أنّ القبض المعتبر هنا غير القبض المذكور في باب البيع، إذ يكفي فيه مجرّد التّخلية وتمكين المشتري، ورفع اليد عنه بدفع مفتاح الباب إليه، ولكن فيما نحن فيه أعني في إثبات الضّمان في المعاملة الفاسدة لا يكفي إلّا حقيقة القبض والأخذ، حتّىٰ يصحّ الإستدلال لإثبات مدركه ولو في الأعيان بقوله «على اليد ما أخذت»، ومن المعلوم أنّه لا يصدق علىٰ مجرّد التّخلية الأخذ، ولأجل أنّ المعتبر في إثبات الضّمان في العقود الفاسدة القبض والأخذ عبّر بعضهم عن القاعدة بقولهم المقبوض بالعقد الفاسد.

ثمّ إعلم ثانياً: عموم القاعدة يقتضي إثبات الضّمان فيما أثبت الضّمان مطلقاً، سواء كان مورد العقد عيناً أو منفعةً أو عملاً، سواء تلف العين أو أتلف، وكذا المنفعة سواء كانت المنفعة مستوفاة أو غير مستوفاة، فهذه أقسام سبعة لابدّ لها من مدرك يثبت به الضّمان حتّىٰ تتمّ القاعدة بعمومها، فلابدّ من ملاحظة هذه الأقسام مع كلّ ما يصلح أن يكون مدركاً للقاعدة حتّىٰ يتبيّن الحال.

فنقول: امّا حديث اليد فبه يثبت الضّمان في صورة تلف العين وإتلافها، بعدما عرفت من أنّ الخدشة في دلالته بادّعاء ظهور كلمة «علىٰ» في الحكم التّكليفي في غير محلّه لو استند إلىٰ مال من الأموال.

وامّا ما عداها من الصّور الخمس الباقية فلا يثبت الحكم به فيها، لما ذكرنا من أنّ الأخذ والرّد واليد ظاهرة في كون متعلّقها عيناً.

وامّا ما يدلّ على احترام مال المسلم، من أنّه لا يحلّ إلّا عن طيب نفسه ـ علىٰ فرض تماميّتها ـ وكذا ما يدلّ علىٰ أنّ حرمة ماله كحرمة دمه، فيدلّ علىٰ ثبوت الضّمان في الصّورتين المذكورتين، وصورة ما لو كان متعلّق العقد منفعة مستوفاة لو أتلف، وامّا فيما عداها من الصّور الأربع الباقية أعني لو كان المتعلّق للعقد منفعة غير مستوفاة مطلقاً، وما كان عملاً، فلا يثبت بها الحكم، لما ذكرناه من عدم صدق المال عليها، وكذا في صورة تلف المنفعة المستوفاة، كما لو آجر داراً بإجارة فاسدة وغصبها غاصب قهراً بعد القبض واستوفىٰ منفعتها[١]، لأنّه إنّما يقتضي عدم حِلّ التصرّف فيه واتلافه بلا عوض، وإنّما يتحقّق ذلك بالنسبة إلى المستأجر فيما استوفاها بنفسه[٢]، فيكون مفاده ما يستفاد من قوله ﷺ **«من أتلف مال الغير فهو له ضامن»**[٣]. وعلى هذا فالتمسّك به لصورة الإتلاف أوفىٰ من غير احتياج إليه، مع ما فيه من المناقشات الّتي عرفتها.

وإلىٰ ما ذكرنا من عدم شمول ما يدلّ على الاحترام لصورة التّلف، بل هو مختصّ بالإتلاف، صرّح شيخ مشايخنا ﷺ في مكاسبه في مسألة ما كان للعين المبتاعة

---

١ ـ لأنّها ما دامت في يد المستأجر لم تتصف بالماليّة وبعد اتّصافها بها ليست في يده.

٢ ـ اللّهم إلّا أن يقال انّه لمّا كان في يده فكان قبضه سبباً للغصب وعلى هذا ليس لهذه الصورة فرض ولكنّه لايخفىٰ ما فيه، فافهم (منه رحمه الله).

٣ ـ قال المحقّق الإصفهاني ﷺ في حاشيته علىٰ المكاسب [١/٢٤٩]: «لم يستدل ﷺ على ضمان المنافع المستوفاة بما اشتهر من قولهم (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) اذ ليس هو بهذا العنوان مورد خبر وأثرٍ وإن اشتهر، بل الظاهر أنّه مأخوذ من الموارد الخاصّة المحكوم عليها بالضمان كما في الرهن والمضاربة والوديعة والإجارة فإنّه حُكم فيها بالضمان مع التعدّي والتفريط، وكذا في غيرها كقوله ﷺ: (من أضرّ بطريقِ المسلمين فهو له ضامن)، والظاهر بل المقطوع أنّه لا لخصوصيّة تلك الموارد علىٰ كثرتها وتشتّتها ولذا جعلوا الإتلاف سبباً للضمان كليّةً».

منفعة غير مستوفاة هل يضمن المشتري بفساد البيع أم لا؟ حيث ردّ الاستدلال به لإثبات الضّمان بأنّها إنّما تقتضي عدم حِلّ التصرّف فيه واتلافه بلا عوضٍ، وانّما ذلك في الاستيفاء.

هذا، والعجب منه (طاب رمسه) حيث ذكر في هذا المقام ما عرفت، مع تمسّكه فيما قبلَ هذه المسألة لإثبات المدرك للقاعدة الّتي نحن بصدد بيانها علىٰ عمومها بها، وقد عرفت أنّ القاعدة تشمل ما لو كان متعلّق العقد منفعة غير مستوفاة أو عيناً فلا وجه للتمسّك بها لإثبات المدرك كلّية بناءً علىٰ ما ذكره هنا، فتبصّر.

وامّا حديث نفي الضّرر فهو يدلّ علىٰ ثبوت الضّمان في جميع الصّور [التي] في عدمه ضررٌ على المالك والعامل.

ولكن يُشكل هذا أيضاً في بعض الموارد، إذ غاية ما يدلّ عليه هذا وجوب التّدارك على الضّار، وهذا إنّما يتمّ فيما لو كان عمل العامل بأمر المستأجر ومستنداً إليه، وامّا لو لم يكن بأمر المستأجر بل مسبّباً عن زعمه كونه حقّاً له لأجل الإجارة فلا يثبت به الضّمان، إذ ليس انتهاك حرمة عمله مستنداً إلى الغير حينئذٍ حتّىٰ يصدق عليه أنّه أضرّه، بل هو مستند إلى نفسه بتخيّله استحقاق الغير له، وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

وبما ذكرنا تبيّن أنّه لو دلّ دليلٌ خاص علىٰ حرمة عمل المسلم كحرمة دمه لا يدلّ على أزيد من ذلك.

وامّا قوله تعالىٰ: ﴿**وَلَكُمْ فِي الحُرُماتِ قِصاصٌ**﴾[1] بناءً علىٰ شمول الحرمات للأعمال، فلا يثبت به زائداً علىٰ ما أثبت بأدلّة نفي الضّرر، فلا يدلّ علىٰ ثبوت الضّمان في الإجارة المذكورة، لما عرفت من أنّ انتهاك حرمة العمل ليس بأمر المستأجر حتّىٰ يكون ضامناً، بل الاعتقاد استحقاق الغير وإيجاد العمل لاستحقاقه

---

١ ـ سورة البقرة: آية ١٩٤.

الأجرة، فانتهاكه من قبل نفسه كما لايخفىٰ.

فتلخّص ممّا ذكرنا: أنّه لا يثبت المدرك للقاعدة المذكورة علىٰ كلّيتها بهذه الأدلّة، نعم يمكن التمسّك لإثبات المدرك في أقسام المنافع مطلقاً، مستوفاة وغير مستوفاة، تالفة أو متلفة، بانضمام ما يظهر من الحلّي‌‌ في «السّرائر» من الإجماع حيث قال: إنّ البيع الفاسد يجري، عند المُحصّلين مجرى الغصب في الضّمان[1]، وكذا في موضع آخر من نسبته إلى أصحابنا، إلى ما ادّعاه العلّامة‌‌ من الإجماع علىٰ ما حكي عن التذكرة «أنّ منافع العبد والثّياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو عقاراً أوحيواناً مملوكاً ضَمن منافعه، سواء تلفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت في يده مدّة لا يستعملها، عند علمائنا أجمع»، ولا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقّة، فيشمل يد كلّ من قبض بالعقد الفاسد، لأنّها ليست اليد حقّة، وكذا حكي عن الحلّي‌‌ في «السّرائر» في آخر باب الإجارة من الاتفاق علىٰ ضمان منافع المغصوب الفائتة، فإذا انضمّ إلىٰ ما ادّعاه أوّلاً من الإجماع يثبت به المدرك كلّية لإثبات الضّمان في أقسام المنافع.

فتلخّص من جميع ما ذكرناه ثبوت المدرك لجميع الأقسام، إلّا في صورة العمل علىٰ نحو الكلّية، ويكفي في ثبوته بالنّسبة إلى الأعمال مطلقاً حديث، اليد وبالنّسبة إلى المنافع الإجماعات المنقولة، مؤيّدة بتسليمهم للقاعدة المذكورة.

وامّا المدرك للضّمان بالنّسبة إلى الأعمال فاثباته مشكلٌ، إذ غاية ما يمكن التمسّك به للمدركيّة بالنّسبة إليه ليس إلّا قوله تعالىٰ: **﴿وَلَكُم فِي الحُرُماتِ قِصاصٌ﴾**[2] بناءً علىٰ شموله للأعمال، وقد عرفت ما فيه، وما يدلّ علىٰ نفي الضّرر والإضرار فقد عرفت ما فيه أيضاً من أنّه مختصّ بما إذا استند الاضرار إلى المستأجر

---

١ ـ كتاب السرائر: ٢/٤٨٨.

٢ ـ البقرة: آية ١٩٤.

كما لو كان بأمره، وامّا لو كان منشأه التزامه بإيجاد العمل لأجل استحقاق الأُجرة، وزعمه استحقاق المستأجر للعمل أو لإرادة التشريع، مع علمه بفساد الإجارة فليس الإضرار من فعل المستأجر حتىٰ يضمنه، بل من نفس الأجير إذ بعد حكم الشّارع بفساد الإجارة وعدم استحقاق المستأجر للعمل صيّر الأجير عمله غير المحترم فجعله هباءً منثوراً، ومعلوم أنّ ما يصلح لجعله مدركاً للقاعدة لابدّ أن يكون شيئاً يُثبت الضّمان مطلقاً، ولو في صورة علم المتعاقدين بفساد المعاملة وأوجداها تشريعاً، ولأجل ما ذكرنا من عدم دلالته إلاّ في صورة صحّته إلى البايع لم يتمسّك به العلماء في إثبات الضّمان عند تلف العين، إذ لو تمّ دلالته لكان مدركاً للحكم في الأعيان والمنافع أيضاً، مع أنّه لم يتمسّكوا بهما فيه، فهذا كاشف عن عدم نهوضه له، مع ظهور عدم صدقه في بعض الموارد، كما لو سلّم البايع سلعته للمشتري بزعمه استحقاقه، أو بإرادته التّشريع في بيعه مع علمه بفساده وأخذه باعتقاداتها أو بإرادته التشريع، ولكن لم يمنع البايع من التصرّف فيه وكان بحيث لو أرادها البايع لسلّمها إليه، ولكن عدم التّسليم لعدم استرداده فحينئذٍ لا يصدق عليه انّه أضرّ به في صورة التّلف والإتلاف بل البايع أضرّ علىٰ نفسه بعد الإسترداد لجهله أو إرادته التّشريع، نعم لو استردّ وأبىٰ المشتري عن الرّد لا يبعد القول بشموله له، مع أنّه في كلا الموردين يُحكم بالضّمان، ويصدق عليها في كليهما أنّه متبوضة بالعقد الفاسد.

ومن هذا يُعلم أنّ المدرك فيها ليس ما يدلّ علىٰ نفي الضّرر، فعلم أنّه ليس للحكم المذكور بالنّسبة إلى الأعمال مدرك بحيث تطمئنّ به النّفس، فالحكم بالضّمان فيها مشكلٌ، ولكن مخالفة إطلاقات الأعمال وعموم قاعدتهم أشكل، فللتوقّف مجالٌ، والله أعلم بحقيقة الحال.

هذا تمام الكلام في أصل القضية.

وأمّا الكلام في عكسها: أعني «**ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده**».

إطلاق العكس عليها ليس علىٰ طبق ما هو المصطلح عند أهل الميزان من جعل المحمول موضوعاً وبالعكس، بل مسامحة في التّعبير، ولذا عبّر بعضهم عنها بمفهوم القضيّة، وقد عرفت معنى الضّمان من أنه عبارة عن الخسارة في ماله الأصلي، وأنّه في كلتا القضيّتين بمعنىً واحد، فليعلم أوّلاً أنّ العقد الّذي لا يوجب صحّته الضّمان: امّا من قبيل التّمليك كالهبة،

أو الإستيمانات كالوكالة والرّهن والعارية إلىٰ غير ذلك.

فلابدّ من بيان المدرك لكلا القسمين، ثمّ التكلّم في الاطراد وعدمه.

فنقول مستعيناً بالله: إنّ مبنى القاعدة علىٰ ما يستفاد من كلام الشيخ ﷺ في «المبسوط» هي الأولويّة وحاصلها أنّ الرّهن وأمثاله لا يُضمن بصحيحه فكيف يُضمن بفاسده وهذه العبارة أعني ما استفيد من عبارة الشيخ ﷺ لها احتمالان:

أحدهما: أن يراد بكلمة كيف التعجّب.

ثانيهما: أن يراد به الأولويّة، وهي أيضاً علىٰ قسمين:

أحدهما: أن يكون المراد من الأولويّة بالنّسبة إلىٰ صحيح تلك العقود التي ليس في فاسدها ضمان.

ثانيهما: أن يلاحظ بالنّسبة إلى العقود الفاسدة الّتي في صحيحها ضمان.

بيان ذلك: أنّه يمكن أن يكون مراده ﷺ أنّ عدم الضّمان في الصّحيح كاشف عن عدم تحقّق علّته في تلك الموارد، لأنّ علّته امّا الإقدام، وامّا حكم الشّارع بالضّمان في ذلك العقد، وبعد علمنا بأنّ صحيحه غير مُضمّن تعلم بأنّ علّة الضّمان أعني الإقدام والحكم بالضّمان في ذلك المورد منتفية، فعلى هذا كيف يتحقّق الضّمان في الفاسد الذي هو مثله في انتفاء كلا الأمرين الّذين هما سبب الضّمان، فيكون من الحكم بالضّمان مع انتفاء علّته، وليس في مقام بيان الأولويّة بل الأولوية علىٰ هذا إذ انتفاء الضّمان في

كليهما مستندٌ إلى انتفاء العلّة، وليس الإنتفاء في أحدهما أولىٰ من الآخر بل كلاهما في عرض واحد.

ويمكن أن يكون مرادهﷺ: أنّ الصّحيح الّذي يمكن أن يتحقّق بسببه الضّمان بامضاء وحكمه بسببيّته له مع فقد الإقدام، لو لم يكن مُضمّناً كيف يضمن الفاسد الّذي ليس السّبب فيه الإقدام المفروض انتفائه، إذ العقد الفاسد بمنزلة العدم في نظر الشّارع، فليس مضمّناً من هذه الجهة، فنفي الضّمان من الفاسد في صورة انتفاء الإقدام أولىٰ من نفيه في صورة الصّحيح، لإنحصار سببيّة الإقدام فيه دون الصّحيح، لإمكان تحقّق سبب آخر فيه له، فنفي الضّمان فيه يدلّ علىٰ نفيه في الفاسد بطريق أولىٰ، وهذا هو الأولويّة بالنسبة إلىٰ صحيح ذلك العقد.

فظهر ممّا ذكرنا أنّه كُلّما ثبت الضّمان في الفاسد، لا محالة يثبت في الصّحيح، لإنحصار سببه في الفاسد بالإقدام، وهو في صحيحه أيضاً محقّق من غير عكس كلّياً، يعني يجوز أن يتحقّق في الصحيح دون الفاسد لكونه مسبّباً عن إمضاء الشّارع، فحينئذٍ نقول عدم الضّمان لفاسدٍ لا يُضمن لصحيحه أولىٰ من عدم الضّمان في هذا القسم الفاسد الّذي يُضمن بصحيحه، وهذا هو الأولويّة بالقياس إلىٰ فاسدِ عقدٍ صحيحه مُضمّن، فمعنى العبارة علىٰ هذا التّوجيه أنّ الرّهن وأمثاله الّتي لا يضمن لصحيحه لإنتفاء كلا السّببين فيها أولىٰ بعدم مضمنيّة فاسده من عدم مضمنيّة فاسد عقد يكون صحيحه مضمّناً، لامضاء الشّارع وجعله سبباً للضّمان.

وجه الأولويّة: أنّه يصدق علىٰ هذا القسم أنّه لو كان صحيحاً لكان مضمّناً، وهذه الشرطيّة أيضاً في القسم الأوّل.

فهذه احتمالات ثلاثة في هذه العبارة، ولكن أعدلها وأظهرها أوسطها.

ويرد عليه: أنّه يجوز أن يكون الضّمان من آثار اليد والتصرّف في مال الغير، لا من آثار العقد ولا الإقدام إن لم نقل بأنّ السّبب منحصرٌ فيها، فحينئذٍ كون العقد لغواً أو مؤثّراً لا ربط له في الحكم بالضّمان وعدمه، إذ من الجائز أن يكون صحّة

الرّهن والإجارة المستلزمة لتسلّط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثّرة في دفع الضّمان، بخلاف الفاسد الّذي لايوجب تسلّطاً لهما على العين وتكون يدهما عليهما يداً لعدوان، فلا أولويّة كما لايخفىٰ.

فتبيّن أنّ ما ذكره الشيخ ﷺ لا يصلح للمدركيّة، فلابدّ من بيان مدركٍ صحيح للقاعدة.

فنقول: إنّ الأصل الأوّلي في كلّ عين هو الضّمان بمقتضىٰ قاعدة اليد، فلابدّ من بيان المُخرج عن تحت تلك الكلّية في الموجود بالعقود الفاسدة الّتي لايوجب صحيحها الضّمان، والدليل المُخرج ليس إلّا ما يخرج به المقبوض بصحاح تلك العقود، وهو في غير التمليكات أعني الاستيمانات عموم ما يدلّ على أنّ من لم يُضمّنه المالك عند تلف العين ـ سواء سلّطه على الانتفاع به، أو استأمنه لحفظه كالوديعة، أو دفعه إليه لإستيفاء حقّه كالإجارة، أو العمل فيه بلا أُجرة، أو معها كالصّياغة وغير ذلك ـ فهو غير ضامن. فالدّليل المخصّص لقاعدة الضّمان فيها عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك علىٰ ملكه غير ضامن، بل ليس لك أن تتهمه، وهذه الفقرة ظاهرة في أنّه لايجوز لأحد أن يتّهم من استأمنه حين يدّعي التّلف باسناد التفريط إليه واتلافه العين وكذبه في دعواه التّلف بتضمينه وتغريمه، وهو مصدَّقٌ في ادّعائه التّلف، ومعلوم أنّ دعوى الإتلاف لأجل أنّ الإتلاف مضمّن وأنّ التّلف ليس كذلك، وإلّا فلا داعي إلى هذه الدّعوىٰ، فلو كان التّلف أيضاً مُضمّناً لما احتاج إلى الاتّهام، والظاهر أنّ النّهي ليس لبيان مجرّد الحكم التكليفي، بل لبيان النّهي عن إسناد ما هو سبب للضّمان، أعني الإتلاف إلى الأمين، فلو كان التّلف أيضاً مضمّناً لكان النّهي عن الاتّهام نهياً عن السّبب الخاص، وهو غير نافع فيما ساغ له الكلام.

وهذا الاستدلال انّما يتمّ لو كان المراد من الاتّهام إسناد الإتلاف وتفريط العين إليه، وامّا لو كان المراد نهيه عن تكذيبه بادّعاء وجود العين حين ادّعائه تلفه فلا ينفع، لأنّه يدلّ حينئذٍ على انّه لا يجوز تكذيبه ومطالبة العين أو بدل الموجود، وامّا

نفي المطالبة رأساً ولو بضمانه فلا يدلّ عليه، إذ غاية ما يستفاد منه حينئذٍ أنّه لا يجوز إجباره في أخذ العين أو بدل الموجود، بل يجب تصديقه في دعوى التّلف، وامّا أنّه لا يترتّب عليه الضّمان فلا يدلّ عليه.

ولا يتوهَم: أنّه لو لم ينفي الضّمان بالتّلف لما احتاج إلى الاتّهام لثبوت الضّمان بنفس التّلف، لأنّ الغَرض قد يتعلّق باسترداد العين مثلاً، وبهذا ينفي تسليطه علىٰ مطالبة العين بعد ادّعاء التّلف.

ولكنّ ظاهره هو الوجه الأوّل، خصوصاً بعد ملاحظة بعض المقامات المصرّحة بنفي الضّمان في صورة التّلف وثبوته في صورة الإتلاف، ولا يخفىٰ عليك أنّ مورد القاعدة السّالبة هو صورة التّلف، وامّا صورة الإتلاف فليس من مواردها، لأنّ في صحيح العقود أيضاً فيها ضمان في هذه الصّورة، لورود دليل الإتلاف على الدّليل المخصّص.

وبالجملة: أنّ الحكم بعدم الضمان في الاستيمانات ممّا لا شبهة فيه، والأخبار به متكاثرة متظافرة جدّاً، بحيث صار من القواعد المسلّمة عندهم حتّىٰ لا ينكره أحد، ويستدلّون علىٰ نفي البأس بأنّه أمين، وهذه العلّة مستفادة من تلك الأخبار المتكاثرة.

ولا يذهب عليك أنّ المراد بالأمين في هذه الأبواب ليس هو الأمين الشّرعي، أعني الثّقة والعدل، بل المراد منه من وَكَلتَ أمرك إليه وسلّطته علىٰ مالك، فالاستيمانات عبارة عن اتّكال الأمر إلى الغير وتسليطه علىٰ ما أعطيته به، ومن هذه قوله عليه السلام «**لا تستأمن الخائن**»[1] يعني لا تُسلّطه علىٰ شيء ممّا يتعلّق بك، ولا ينافيها ورود دليل علىٰ ثبوت الضّمان في بعض أفرادها لكونها من القواعد المستفادة من الأدلّة اللّفظيّة قابلة للتّخصيص، وليست علّة عقليّة غير قابلة له. نعم لو ورد

ــــــــــــــــــــ

١ ـ بحار الأنوار: ١٩٤/٧٥٧ وفيه: (لا تأمن الخائن)، وسائل الشيعة: ج ١٠، ب ٩، ص ٨٧، وفيه (لا تأتمن الخائن).

تخصيصٌ في موردٍ يكشف عن أنّ عليّتها لنفي البأس في غير هذا المورد، ولا يوجب رفع اليد عنها رأساً، وذلك نظير ما لو قال: «لا تأكل الرّمان لأنّه حامض» فيقتضي عموم العلّة النّهي عن كلّ ما فيه حموضة، فلو ورد دليل آخر على جواز الأكل للحامض الكذائي يُفهم منه أنّ علّة النّهي هي الحموضة المقيّدة بعدم كونها هذا الحامض، ولا يوجب هذا التّخصيص رفع اليد عن عموم العام كليّةً، إذ لو بنينا علىٰ ذلك لما تمكّنا من التمسّك بعموم علّة مصرّحة، إذ ما منها إلّا وهي مخصّصة بدليل آخر.

فتلخّص ممّا ذكرنا: أنّ الحكم بعدم الضّمان على الأمين في الإستيمانات بعد ملاحظة الإجماع، وكونها من القواعد المسلّمة، وهذه الأخبار المتكاثرة، ممّا لا مجال للتأمّل فيه.

نعم بقي هنا إشكالان:

أحدهما: أنّه هل يتحقّق الاستيمانات بفاسد تلك العقود، كما أنّه يتحقّق في صحيحها، أم هو ملازمٌ للاستحقاق الشّرعي بحيث لا يوجد في الفاسد؟

ولكنّك بعدما عرفت من أنّ الاستيمانات في هذه الموارد عبارة عن تسليط الغير على العين واتّكالها إليه ـ وهذا هو المناط في الحكم ـ وليس لها معنىً شرعي، علمت أنّ هذا المناط متحقّق في ضمن الفاسد أيضاً، وانّهما في هذا المعنى علىٰ حدٍّ سواء، لا يبقىٰ لهذا الإشكال مجال.

ثانيهما: أنّه قد يكون في بعض المصاديق من تلك العقود الفاسدة ـ كبعض أقسام الإجارة الفاسدة ـ إعطاء المؤجر للعين المستأجرة، لاعتقاد استحقاق المستأجر انتفاعها، بحيث لو علم فساد الإجارة لم يعطيها، فيكون استيمانه عليه لاعتقاد الاستحقاق، فهل الاستيمان في صورة تخلّف الاعتقاد متحقّق أم لا بل هي مشروطة بالاستحقاق، فكأنّه قال «سلّطتك عليها إن كنت مستحقّاً»؟

وبعبارة أُخرىٰ: اعتقاد الاستحقاق هل هو من مشخّصات الموضوع، فهو بمنزلة سلّطت المستحقّ واستأمنته، أم هو من دواعي الاستيمان فكأنّه قال «سلّطتك يا فلان لأجل استحقاقك انتفاعها»؟

فلو كان من قبيل الأوّل يُشكل الحكم بعدم الضّمان، لانتفاء المدرك فيه، فيكون هذا نقضاً للقاعدة المذكورة.

والظّاهر أنّ مجرّد إمكان كونه من هذا القبيل يكفي في انتقاض القاعدة به علىٰ فرض الوقوع.

وامّا الحكم بعدم الضّمان في التّمليكات التي لا ضمان بصحيحها كالهبة الفاسدة، فيمكن الاستدلال عليها بفحوى ما دلّ علىٰ خروج صورة الإستيمان، فانّ استيمان المالك لغيره علىٰ ملكه إذا اقتضىٰ عدم ضمانه له، اقتضى التّسليط المطلق عليه مجّاناً عدم ضمانه بطريق أولى، والتقيّد بالمجّانية لخروج التسلّط المطلق بالعوض كما في المعاوضات، فانّه عين التّضمين، والأولويّة المدّعاة في المقام:

امّا أنّها بالنّسبة إلىٰ مدرك الحكم الشّرعي ومناطه، حيث أنّ المناط في عدم الضّمان في الاستيمانات دفع المالك ملكه إلى المستأمن علىٰ وجه لا يضمنه، وهذا المناط تحقّقه في المتّهب آكد من تحقّقه في المستأمن، لأنّ الواهب انقطعت علقته عن ملكه وسلطنته علىٰ نحو الاستقلال، بخلافه في المستأمن لعدم انقطاع العلقة فيه رأساً.

وامّا أن يلاحظ بالنّسبة إلى الحكم الشّرعي فيقال إنّ الحكم الشّرعي بعدم الضّمان في ما مَلَكَهُ المالك وانقطعت علقته عنه، مع تجويزه للآخذ اتلافه وصرفه حيث شاء، آكد وأقوىٰ فيما لم تنقطع علقته ولم يصدر عنه إلّا مجرّد التّسليط عليه لا عن تضمين من غير تعدٍّ وتفريط، وبعدما علمنا أنّ المناط في الحكم مجرّد التّسليط علىٰ هذا الوجه، لا يخفىٰ أنّه في التّمليكات أقوىٰ، لأنّ التّسليط فيه مطلقٌ بحيث لا يبقى للمالك تسلّط أصلاً علىٰ زعمه لو لم يعلم فساده، وهذا موجبٌ لأولويّة حكم

الشّارع فيها بعدم الضمان[١].

وقد يستشكل: بأنّه يمكن أن يكون التّسليط ورفع العلقة في نظر المملّك معلّقاً علىٰ فرض التأثير شرعاً وصيرورته ملكاً، وإن كان بحسب الظّاهر مطلقاً، إلّا أنّه في الواقع مقيّدٌ، فحينئذٍ إجراء الأولويّة ممنوعٌ لكونها مقيّدة علىٰ فرض حصول الملك، وبدونه لم يرفع العلقة حتّىٰ يثبت الحكم بالأولويّة.

ويدفعه: بأنّ المناط دفع الملك إليه وأخذه لا بعنوان التّضمين، وهذا المعنى موجود بالنّسبة إليه قطعاً وإرادته بقاء العلقة علىٰ تقدير عدم التأثير لا تضرّ في الحكم المذكور بعد تحقّق المناط.

والفرق بين هذا الإشكال وسابقه: أنّ الشكّ فيه في أصل رفع العلقة وإرادة التّمليك مطلقاً، ولو علىٰ فرض الفساد، ولكنّه في الأوّل في أنّ عنوان المستحقّية من مشخّصات الموضوع أو من الدّواعي، وبعد القطع يتحقّق الاستيمان، ولكنّ الشكّ في تعلّقه بالنّسبة إلىٰ هذا الشّخص من حيث هو لا من حيث أنّه من أفراد المستحقّ، ولهذا يذبّ عن الإشكال الأخير بأنّ مناط الحكم أعني دفع الملك إليه وتسليطه عليه من غير تضمين متحقّق بالنّسبة إلى هذا الشّخص الخاصّ، سواءً قصد ملكيّته مطلقاً أو على فرض إمضاء الشّارع، ولا يمكن دفع الإشكال الأوّل بأنّ الاستيمان بالنّسبة إلى هذا الشّخص الخاص بعد فرض الشّك في كونه كذلك كما لا يخفىٰ.

هذا تمام الكلام في مدرك القاعدتين.

ولكن ينتقض طرد أصل القضيّة بمثل قولك «بعتك بلا ثمن» و«آجرتك بلا أُجرة» علىٰ قول مَنْ قال بعدم الضّمان كالشّهيدين رحمهما الله في الأخير، حيث أنّ صحيحها ممّا يضمن به ولا يضمن بفاسده علىٰ هذا القول، وقد عرفت أنّ إرادة خصوص إفراد العقود منها وتأويل كونه مضمّناً علىٰ فرض الصحّة خلاف ظاهر القضيّة،

---

١ ـ ولايخفىٰ أنّ مرجع الأولويّة في الحكم، إلى الأولويّة في المناط، فتعدّده بمجرّد الإعتبار وصرف الملاحظة. (منه رحمه الله).

بقرينة قوله (بصحيحه) و(بفاسده) لظهورهما في تحقّقهما فيه بالفعل، فلابدّ من إرادة الصنف لو وجد فيهما القسمان وإلّا فالنّوع، وحينئذٍ فيرد النّقض عليهما، وهذا ممّا لا إشكال فيه، وانّما الإشكال في مقامين:

أحدهما: في تصوير معنىٰ هذا الكلام أعني قولك «بعتك بلا ثمن».

والآخر: في حُكمه.

أمّا الكلام في المقام الأوّل فنقول: إنّ المتكلّم بهذا الكلام:

تارة: يريد التّمليك المجّاني ويؤدّي مقصوده بهذا الكلام.

وأُخرىٰ: أنّه لا يريد إلّا إيجاد مدلول هذا الكلام وإنشائه.

وامّا الأوّل: فهو خارج عن محلّ كلامهم، إذ هو ليس بيعاً فاسداً، بل هو امّا هبة صحيحة، لو لم نقل باعتبار خصوص اللّفظ فيها، وامّا هبة فاسدة لو قلنا باعتبار لفظ خاصّ فيه، إذ التّمليك المجّاني هو غاية الأمر أدّاها بهذه العبارة، والتّعبير عنه بالبيع الفاسد ليس على ما ينبغي، فالقول بأنّ مبنى القول بعدم الضمان جَعْل الجزء الأخير من الكلام، أعني قولنا بلا أُجرة وبلا ثمن قرينةً لصرف الجزء الأوّل منه وتجريده عن اعتبار العوض والأُجرة، فيكون الأول هبةً والثّاني عارية، وكذا القول بأنّ مبنى القول بالضّمان الأخذ بظهور الجزء الأوّل في إرادة العوض والأُجرة وظهوره في الإقدام علىٰ وجه التضمين، أجنبيٌّ عن محلّ الكلام، إذ ليس محطّ نظرهم إثبات الظّهور لهذا الكلام، وانّه في أيّ من المعنيين أظهر حتّىٰ يقال إنّ الثاني قرينة لصرف الظّهور أو بالعكس، بل المراد أنّه لو أُريد بهذا اللّفظ إنشاء البيع والإجارة ولو بقرينة يستفاد من الخارج بحيث دلّت على أنّ المراد من اللّفظ معناه الحقيقي، وليس أحدهما قرينة لصرف الآخر، ولا يراد منه مطلق التّمليك والتّسليط على الإنتفاع حتّىٰ يكون مجازاً فهل يترتّب على المقبوض به الضّمان أم لا، لإقدام المالك من غير تضمينٍ.

ولا يتوهّم: أنّ إرادة إنشاء المعنى الحقيقي موجب لاجتماع المتناقضين، حيث

أنّ البيع هو التّمليك بالعوض، فإرادة تحقّقه مع قوله بلا عوضٍ متناقضان، فلاتجتمع إرادتهما.

مدفوعٌ: بأنّ المتناقضين نفس تحقّقهما في الخارج، وامّا إرادة تحقّق المتناقضين فليس متناقضاً ولا محالاً، ولا إنشائه باللّفظ أيضاً كذلك.

نعم، تحقّق مصداقه في الخارج ممتنعٌ، فإنشائه لا يترتّب عليه مدلول لفظٍ، أعني ثبوت ما أنشأ باللّفظ، لاستلزامه كون التّمليك الخارجي مع العوض وبلا عوض.

وإن شئت مزيد توضيح لذلك فلاحظ نفسك هل ترى امتناعاً في إنشاء ما تتصوّره في صورة الأخبار، وعند البحث عن حاله بلفظ ما يتصوّره، ومن البيّن خلافه، فليس الامتناع إلّا في تحقّقه الخارجي، فافهم وتأمّل فانّ المقام لايخلو عن دقّة.

أمّا الكلام في المقام الثّاني:

أعني في البحث عن حكمه فنقول إنّ الأقوىٰ فيه الضّمان لقاعدة اليد.

وامّا ما يتوهّم: من كونه مخصّصاً لقاعدة اليد من إقدامه لا على وجه التّضمين.

ففيه: إنّ هذا العقد ليس إقداماً على التّمليك المجّاني، بل هو إقدامٌ علىٰ أمر ممتنع التحقّق في الخارج، فالتصرّف في المال ليس جرياً علىٰ مقتضىٰ مدلول اللّفظ حتّىٰ يكون بمقتضىٰ إنشاء المالك، بل أكلٌ للمال بالباطل.

نعم لو علمنا أنّ المراد تمليكه مجّاناً ولو بادّعاء ظهور اللّفظ فيه، فالأقوىٰ فيه عدم الضّمان لدخوله في الهبة الفاسدة حينئذٍ بهذا اللّفظ لو لم نقل بصحّتها، ويندرج حينئذٍ تحت عكس القضية، وقد عرفت أنّ هذا الفرض خارجٌ عن محلّ البحث وما هو منه، فالحكم بثبوت الضّمان قويّ لقاعدة اليد.

ولكن يُشكل تعميم الحكم حتّىٰ بالنّسبة إلى الإجارة في الأعمال، لانحصار

المدرك فيهما في قاعدة الاحترام لو تمّ، وقاعدة الضّرر، مع أنّه يمكن أن يقال إنّ انتهاك حرمة عمله من قبل نفسه لا من جانب المستأجر، فافهم.

وقد يرد النقض في عكس القضيّة بما أوضحنا لك، كما لو سلّطه على العين بزعم استحقاقه منفعتها، وكان بانياً علىٰ تسليط المستحقّ واستيمانه، بحيث كان هذا العنوان من مشخّصات الموضوع، فقد عرفت أنّ الأقوىٰ حينئذٍ ثبوت الضّمان، خصوصاً مع علم الآخذ بعدم استحقاقه، مع أنّه لا يضمن بصحيحه، هذا.

ثمّ انّه قد تبيّن أنّ تلك العقود الّتي لا يُضمن بصحيحها لا يُضمن بفاسدها، فليلاحظ أنّ هذا الحكم أعني عدم الضّمان هل هو مختصّ بصورة حياة المالك الأوّلي الّذي تحقّق الاستيمان والتّمليك المجّاني من قبله، أو هو ثابت مطلقاً بالنّسبة إلىٰ هذا المال، ولو بعد موت المالك، وانتقال العين إلىٰ وارثه، لاستصحاب الحكم وقاعدة اليد بالنسبة إلىٰ هذا الشخص الخاصّ، فلا يتمسّك بها بعد ذلك لإثبات الضّمان بالنّسبة إليه، فكما لا يضمن بصحيحها مطلقاً كذا لا يضمن بفاسدها أيضاً مطلقاً؟ وجهان: أقواهما ثبوت الضمان، لأنّ إجراء الاستصحاب فرع بقاء الموضوع، إذ من المعلوم اعتبار قيد الأمانة في الموضوع لكونها مناطاً للحكم وهي منتفية بالنّسبة إلى الوارث.

وتوهّم: خروجه عن تحت القاعدة.

مدفوع: بأنّ موضوع المخصّص كونه أميناً، ومن المعلوم عدم اندراجه فيه بعد خروجه عن الأمانة، إذ هي في قوّة قولك (على الآخذ ما أخذ إلّا من استأمنه المالك)، وهذا الشّخص الخاص بعد موت المالك وانتقال الملك إلى الوارث ليس ممّن استأمنه من هو مالك فعلاً، واستيمان من كان مالكاً قبل انتقال المِلك لا يورث رفع الضّمان فيما بعد الانتقال، لأنّ اذنه واستيمانه بالنّسبة إلىٰ هذا الوقت كالعدم، وذلك كما لو أذن في التصرّف في عين ثم باعه بالآخر، ومعلوم أنّ تصرّفه فيه بعد البيع تصرّف

في مال الغير بغير اذن مالكه[١].

وقد أورد النّقض بموارد[٢]:

منها: «الصّيد الذي استعاره الـمُحْرِم من الـمُحِلّ بناء على فساد العارية، فانّهم حكموا بضمان الـمُحْرِم له بالقيمة، مع أنّ صحيح العارية لا يضمن به، ولذا ناقش الشّهيد الثّاني في الضّمان علىٰ تقديري الصحّة والفساد، إذ صحيح العارية لا ضمان عليها ففاسدها أيضاً كذلك»[٣].

ويمكن أن يقال: وجهاً للضّمان أنّ تصرّف الـمُحْرِم فيه وامساكه في يده موجب لخروجه عن ملك الـمُحِلّ، فهو في الحقيقة اقدامٌ على التّلف، لا لأنّه بعد الإمساك لمّا يجب عليه الإرسال فيستقرّ قيمته في عهدته حتّىٰ يقال إنّه لو كان للإرسال مقدّمات كالخروج عن البلد لاعتياده في المعاودة إلىٰ دار مالكه، فلو تلف قبل تحصيل المقدّمات لا ينجّز الأمر بالإرسال حتّىٰ تستقرّ القيمة، أو لوجوب تقديم حقّ الناس علىٰ حق الله والمسارعة إلى الرّد، لعدم جواز التصرّف، فتأخيره تفريطٌ في حقّه حتّىٰ يقال انّ بعد الإمساك لا يثبت الضّمان بعد استيمان المالك واذنه في التصرّف، غاية الأمر أنّه ارتكب محرّماً بالإمساك، بل للبناء على أنّه بعد نهي الشّارع عن التصرّف فيه وعدم ملكيّته له، أنّ تصرّفه فيه موجبٌ لصيرورته غير مملوك، وخروجه عن ملك المُحِلّ، فنفس العقد والإقدام على التصرّف اقدامٌ على الإتلاف، وتلفه بعد الإمساك إنّما يكون بعد اخراجه عن ملكه واستقرار القيمة على

---

١ ـ ولا ينافي هذا عدم الضّمان في تلف العين المستأجرة في الإجارة الصحيحة بعد موت الموجر وانتقالها إلى الوارث، إذ بعد استحقاقه لمنفعتها يجب على الوارث امّا استيمانه أو المواظبة عليها علىٰ نحوٍ لا ينافي حقّه، وترك المواظبة كاشف عن الاستيمان، فتأمّل (منه قدّس سره).

٢ ـ ولايخفىٰ أنّ ما ذكرنا لا ينافي كلّية القاعدة وعمومها، إذ يكفي فيها إثبات عدم الضّمان في افراد تلك العقود في الجملة. (منه رحمه الله).

٣ ـ كتاب المكاسب: ١٠٣ سطر ٢٥.

عهدته، وعلى هذا لا يُنتقض به القاعدة إذ قد عرفت أنّ صورة الإتلاف خارجةٌ عن قاعدة ما لا يُضمن، غاية الأمر أنّ هذا النّوع من الإتـلاف غـير مـتحقّق في العارية الصّحيحة، فافهم.

ومنها: النقضُ بالشّركة الفاسدة بناء علىٰ عدم جواز التصرّف بها، فأخذ المال بها عدواناً موجب للضّمان.

وهذا ممّا ذكره شيخ مشايخنا في مكاسبه، وهو بظاهره غير مستقيم إذ المراد بالشركة هنا هي الشّركة لعينان، المصطلح الّتي يحتاج إلىٰ عقد ويحـصل بـاختيار المالكين ويتّ[illegible] بالصحّة، لا مطلق امتزاج المالين ولو قهراً، إذ هذه غـير مـتّصفة بالصحّة والفساد. وحينئذٍ نقول هذه الشّركة امّا أن يكون عقدها كافياً في حصول الإذن وجواز التصرّف، بمعنى أنّه مستفاد من نفس العقد، أو لابدّ في جواز التصرّف من تحقّق الاذن في الخارج بعد العقد، بمعنى أنّ العقد لا يفيد إلّا إشاعة مال كلّ من المالكين في المجموع، فلابدّ في جواز التصرّف من حصول اذن خارج عـن نـفس العقد.

فحينئذٍ نقول: إنّه لو قلنا بعدم كفاية جواز التصرّف واحتياج التصرّف إلى الاذن الخارجي، فعلىٰ فرض انتفاء الإذن يضمن بصحيحه أيضاً كما يضمن بفاسده، لأنّه تصرّف في مال الغير من غير اذن المالك، وعلىٰ فرض ثبوته لا يضمن بفاسده أيضاً كما لا يضمن بصحيحه، لأنّ تصرّفه في المال في اذن المالك واستيمانه، ولو قلنا بكفايته في جواز التصرّف ما لم يصرّح بخلافه لكونه استيماناً من قِبل الشّريك وأنّه أمين لا يترتّب عليه الضّمان، فهذا المناط في فاسده أيضاً محقّقٌ إذ يصير حينئذٍ مال الشّركة كالعين المستأجرة وغيرها ممّـا قـبض بـالعقود الفـاسدة الّـتي لا يـضمن بصحيحها فلا يضمن بفاسدها أيضاً لكونه امنياً من قبل الشّريك.

ولا يتوهّم: أنّ الاستيمان إنّما تحقّق بالنّسبة إلى الشّريك بحيث يكون العنوان من مشخّصات الموضوع، وبعدما فرضنا من فساد الشّركة وعدم امضاء الشّارع لهـا

فلايكون استيمانٌ لانتفاء الموضوع، لأنّ مقتضىٰ ذلك أن لا يبقى لقاعدة العكس مورد لجريه في جميع الموارد، كما أوردنا نقضاً على القاعدة في الإجارة الفاسدة علىٰ فرض كون الاستحقاق من مشخّصات الموضوع، فتخصيص النّقض بذلك وجعل العنوان من مشخّصات الموضوع مطلقاً ممّا لا وجه له.

نعم النّقض لو ثبت القول بالضّمان علىٰ فرض فساد عقد الشّركة، فلابدّ من ملاحظة فتاوى العلماء (رضوان الله عليهم) في المسألة حتّىٰ يظهر ورود النّقض وعدمه، وامّا بمقتضى القواعد فلايتمّ، لما عرفت، ولكن ظاهر كلام الشيخ ﷺ الجري بمقتضى القواعد، حيث لم يستند القول بالضّمان إلى أحدٍ من العلماء، بل قال بناء علىٰ عدم جواز التصرّف بها يكون أخذ المال بها عدواناً فهو موجب للضّمان، وحينئذٍ نقول إنّ عدم جواز التصرّف بها مبنيّ على أن لا تكون الشّركة استيماناً وكافية في الاذن، وعلى هذا الفرض يضمن بصحيحه أيضاً علىٰ فرض انتفاء الاذن، كما انّه علىٰ فرض تحقّقه لا يضمن بفاسده أيضاً، فافهم.

تنبيهان:

الأوّل: إنّ تلك القاعدة السّالبة بعمومها مقتضية لعدم الضّمان في كلّ عقد لايُضمن بصحيحه، مع أنّه لاريب في ثبوت الضّمان في فاسد تلك العقود لو كان الفساد مسبّباً عن عدم قابليّة المالك للتصرّف في المال، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً أو مكرهاً أو غير ذلك، وهذا بظاهره ينافي عموم القضيّة، فلابدّ من التصرّف في ظاهرها وصرفها إلىٰ مورد لا ينافي عموم خروج تلك الموارد، وإثبات الضّمان فيها بتقييدها علىٰ نحو لا ينافي ذلك، ومعلوم أنّه ليس في لفظ القضيّة ما يصلح لذلك، فلابدّ من استفادة من قرينة خارجة عن اللّفظ.

فنقول: إنّ فساد المعاملة امّا من جهة الإخلال بألفاظ العقد علىٰ النّحو المعتبر فيه من حيث اللّفظ على القول باعتباره.

وامّا من جهة انتفاء شرائط التأثير، مثل كون متعلّقه قابلاً للتّمليك، وعدم كونه مستحقّاً للغير وغير ذلك.

وامّا من جهة انتفاء شرط من الشّروط المعتبرة في نفس المتعاقدين، من البلوغ والعقل وعدم الهجر وعدم الإكراه.

ولا شبهة أنّه في الصّورة الأخيرة مضمّنة، ولو لا يضمن بصحيحها، لعموم قاعدة اليد وعدم ما يصلح لكونه مخصّصاً لها.

والظاهر أنّ مرادهم من هذه القاعدة تعميمها بالنّسبة إلىٰ غير هذه الصّورة وتخصيصها بها بقرينة تعليلهم لها أصلاً وعكساً بالإقدام، ومن البيّن أنّ صلاحيّة الإقدام للعليّة فرع كون الإقدام ذا حكم وتأثير.

وامّا لو لم يكن كذلك فلا يصير سبباً لرفع الضّمان وتخصيص قاعدة اليد، فاقدام الصّبي والمجنون والمكره بعد حكم الشّارع بكونه لغواً بمنزلة العدم لا يؤثّر في رفع الضّمان، وحينئذٍ علّية الإقدام لرفع الضّمان إنّما هي في غير هذه الصّورة، فيكون العلّة أخصّ من ظاهر القضيّة، فيصير قرينةً علىٰ عدم إرادة الظّاهر، إذ قد يُخصّص الحكم لخصوص العلّة كما أنّه قد يُعمّم لعمومها[1].

وتوهّم: تخصيص القاعدة بالصّورة الأُولىٰ، وخروج الصّورتين الأخيرتين عن تحتها، بادّعاء ظهورها في كون نفس العقد من حيثُ هو كذلك منشأ للحكم بالصحّة والفساد، وأنّ العقد هو الاقدام.

مدفوعٌ: باستدلالهم في إثبات الضّمان للصّورة بتلك القاعدة في موارد كثيرة، وهذا يدلّ على أنّ تلك الصّورة داخلة فيما أرادوه منها، فافهم.

❊ ❊ ❊

١ ـ وهذا مثل قول الطّبيب (لا تأكل الرّمان لأنّه حامض) فيخصّص الحكم بالأفراد الحامضة، كما أنّه يعمّم بالنّسبة إلىٰ جميع الحموضات. (منه رحمه الله)

إنّ من جملة العقود الّتي لا يُضمن بصحيحها العارية الغير المضمونة، فهل يشملها تلك القاعدة فيما لو استعير من الغاصب أم لا؟

فنقول وبالله الاستعانة: ذكر المحقّق في «الشّرايع»: «ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم كان قرار الضّمان على الغاصب، وإنْ كانَ للمالك إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع إلى الغاصب، لأنّه أذِنَ له في استيفائها بغير عوضٍ. والوجه تعلّق الضمان بالغاصب حسب، وامّا لو كانَ عالماً كان ضامناً ولم يرجع على الغاصب بشيء»[1] انتهىٰ كلامه رفع مقامه.

وحُكي عن «المسالك» إنكاره على المحقّق الحكمَ بعدم الضّمان، مع أنّ مقتضى إصراره علىٰ هذه القاعدة موافقته في الحكم.

ويظهر من صاحب «الجواهر» أنّ قرار الضّمان على المستعير مطلقاً، لأنّ استقرار الضّمان علىٰ من تلف في يده، ولكنّه لو كان جاهلاً يرجع إلى المعير لغروره، فلو رجع المالك إلى المعير كان له الرّجوع إلى المستعير لكون التّلف في يده، ولذلك صرّح في آخر كلامه حيث قال: «وبذلك اتّضح وجه الرّجوع علىٰ من حصل التلف في يده من ذي الأيدي المتعاقبة دونه، إلّا إذا كان مغروراً، فإنّه بقاعدة الغرور يستحقّ الرّجوع ممّا يغرمه علىٰ من غرّه، وبذلك اتّضح لك هنا رجوع المعير على المستعير العالم لو رجع عليه دونه، وكذا الجاهل بالقيمة إذا كانت العين مضمونة، إذ المسألة فردٌ من أفراد مسألة تعاقب الأيدي»[2] انتهىٰ كلامه.

وحُكي عن تذكرة الفاضل في ترتيب ذكره من أنّه: «لو استعار من غير المالك عالماً أو جاهلاً ضَمِن واستقرّ الضّمان عليه، لأنّ التّلف حصل في يده، ولا يرجع على المُعير، ولو رجع المالك على المعير كان للمعير الرّجوع على المستعير» انتهىٰ.

---

١ ـ شرائع الإسلام: ٢/١٣٦.

٢ ـ جواهر الكلام: ٢٧/١٦٨.

وحُكي عن«المسالك» حاكياًعنها وعن«القواعد» فيمسألةالمستعير، من المستعير من إطلاق الإشكال في رجوع المستعير على المعير لو رجع عليها مطلقاً، وفي رجوع المُعير على المستعير الجاهل مع حكمه في المستعير من الغاصب بخلاف ذلك.

إذا عرفت هذه الأقوال.

فنقول: إنّ هنا قواعد ثلاث:

أحدها: قاعدة ما لا يُضمن.

والأُخرىٰ: قاعدة الغرور.

والثّالثة: قاعدة استقرار الضّمان على يد من تلف في يده.

أمّا القاعدة الأُولىٰ: فهي بظاهرها وإن دلّت علىٰ عدم قرار الضّمان على المستعير أصلاً، فمقتضاه عدم جواز الرّجوع إليه مطلقاً، ولكنّه لـمّا كان مدركها الاستيمان، وهو بالنّسبة إلى المالك منتفٍ، حيثُ لم يتحقّق من قِبَله فله الرّجوع إليه، وامّا بالنّسبة إلى الغاصب فمتحقّق، لتسليطه عليه بعنوان المجّانية من غير تضمين، فليس له الرّجوع إليه أصلاً لأنّه أمينٌ بالنّسبة إليه حيث استأمنه، وقاعدة استقرار الضّمان مخصّصة بما إذا كان من تلف في يده أميناً، وقد عرفت أنّ المستعير ليس ممّن استأمنه المالك، ولكنّه بالنّسبة إلى الغاصب أمينٌ، فللمالك أن يرجع إلى المستعير بمقتضى قاعدة اليد، وأنّ الضّمان علىٰ يد من تلف في يده وإلى الغاصب لكون المسألة ممّا تعاقب عليه الأيدي، ولكنّه بعد رجوعه إلى الغاصب ليس للغاصب الرّجوع إلى المستعير سواء كان عالماً أو جاهلاً، لكونه أميناً من قبله، وقد عرفت تخصيص القاعدة بالأمانة، وامّا لو رجع إلى المستعير فله الرّجوع إلى المعير لو كان جاهلاً لقاعدة الغرور ـ لو سلّمنا جريانها في المقام ـ وامّا لو كان عالماً فلا لعدم جريان القاعدة كما لا يخفىٰ.

اعلم إنّ من جملة العقود الّتي يضمن بصحيحها الحوالة والضّمان، لأنّ المال

المنتقل إلى المحوّل له والمضمون له تكون خسارته في مالهما الأصلي، لأنّ من جملة مالهما الدّين المحوّل والمضمون، وكذا القرض إن قلنا بأنّه من العقود، لأنّ ادائه وردّه يكون نقصاناً وخسارة في المال الأصلي لمن يقترض، وامّا المكاتبة وان كان صحيحهُ مضمِّناً حيث أنّ صحيحها موجب للخسارة في ماله الأصلي بعد صيرورته مالكاً، إلّا أنّ الضّمان في فاسدها غير متصوّر حيث يبقى العبد ملكاً له مع ما في يده فلا يبقى له مال حتّىٰ تترتّب عليه الخسارة.

وليعلم ثانياً: أنْ لو قلنا إنّ قضيّة الأصل والعكس ممّا أجمعوا عليها، لا يضرّها ما أوردناه من النقوض عليها لو أُقيم عليها أدلّة خاصّة، لكونها قابلة للتّخصيص، لأنّها ليست من التعليقات حتّىٰ لا تقبل التّخصيص، نعم لو لم يقم عليها دليل بالخصوص في موارده، ومن قال بها تمسّك عليها بمقتضى القواعد، يكشف ذلك عن عدم كونها إجماعيّة في جميع مواردها، وأنّ المستند فيها أدلّة أُخر غير الإجماع كقاعدة اليد وقاعدة الإتلاف وقاعدة احترام المال وغير ذلك، فلابدّ علىٰ هذا من الإقتصار علىٰ ما ساعد عليه الأدلّة والرّجوع إلى القواعد في الموارد المشكوكة، وهذا بخلاف ما لو قلنا بأنّ مدركها الإجماع وأنّها إجماعيّة، فما عُلم من التّخصيص نعمل به وفي الموارد المشكوكة نحكم علىٰ طبقها، فنحكم بالضّمان فيما يترتّب علىٰ صحيحه، وبعدمه فيما لا يترتّب على صحيحه الضّمان.

❊ ❊ ❊

[وجوب فورية الرد الىٰ المالك إذا كان مأخوذاً بعقد فاسد[1]]

ومن الأُمور المتفرّعة علىٰ عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب ردّه، والمراد من الرّد إيصاله إلىٰ مالكه، وحكي عن «جامع المقاصد» أنّ مؤونة الرّد على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الرّد إلّا به، وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة، إلّا أن تقيّد بغيرها بأدلّة نفي الضّرر.

واستدلّ: علىٰ وجوب الرّد بأنّ الإمساك آناً مّا تصرّفٌ في مال الغير بغير اذنه فلايجوز، لقوله عجّل الله فرجه «لايَجوزُ لأحدٍ أن يَتَصرّف في مال غيره إلّا باذنه».[2]

وفيه نظر: لأنّه لايدلّ إلّا علىٰ عدم جواز التصرّف في مال الغير. وامّا وجوب الرّد فلابدّ في إثباته من دليل آخر، ضرورة ثبوت الواسطة بينهما، لإمكان الكفّ عن التصرّف، وعدم الحيلولة بين المالك وماله، وعدم منعه عن التصرّف، واخباره بذلك، بل وأمره بالاسترداد ونقله إلىٰ منزله من دون ردّه إليه، كما في

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٠٤ سطر ١٠.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٤ باب ٦٣ س ٢٣٤.

الأمانات، فاثبات وجوب الرّد بايصاله إلىٰ يده والتزامه مؤونته مشكلٌ.

وما قيل: من أنّ الإمساك آناًمّا تصرّفٌ في مال الغير بغير اذنه.

ففيه: أنّه إنْ أُريد من الإمساك، الحبسُ والاستيلاءُ عليه بحيثُ يَمنع المالك عن التصرّف فيه، فكونه تصرّفاً مسلّم، ولكنّه لا يثبت بحرمته وجوب الرّد، لثبوت الواسطة كما عرفت.

وإنْ أُريد منه ما يَعمُّ مطلق النّظر إليه، للحفظ عن خيانة الخائنين، وسرقة السّارقين مع عدم مزاحمته للمالك عن الاستيلاء عليه ومنعه عن التصرّف فيه، فكونه تصرّفاً في مال الغير، ممنوعٌ.

سلّمنا أنّ مطلق الإمساك ولو بهذا النحو تصرّفٌ، ولكنّا نفرض إبعاده المال عن نفسه بحيث لا يصدق عرفاً عليه أنّه أمسكه بوجه أصلاً، مع تمكينه المالك عن الرّجوع إليه واسترداده باخباره أنّ ملكه في موضع كذا.

وبهذا ظهر عدم استقامة التمسّك بخبر «لا يحلّ» بتقريب أنّه يدلّ علىٰ حرمة جميع الأفعال الّتي منها الإمساك، فيجب ردّه ورفعه، إذ بعد تسليم أنّ الإمساك بالمعنى المذكور أيضاً فعل بالنّسبة إليه، منفيٌّ بالخبر نفرض ابعاده بحيث لا يصدق أيضاً كما عرفت. فما الّذي دلّ على أنّ نقله إلى يده ورفعه إليه واجب، حتّى يقال أنّ مؤونته واجبة من باب المقدّمة، ونفس الكفّ عن التصرّف لايقتضي مؤونة حتّىٰ يقيّد الكثير منها بأدلّة نفي الضّرر.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ الحكم بوجوب الرّد بهذا المعنىٰ مشكلٌ.

نعم، يجب الرّد فيها بمعنىً آخر الّذي أُريد من وجوب ردّ الأمانة، وهو لا يكون إلّا الإعتراف بحقّه وتمكينه علىٰ أخذه واسترداده، وعدم وجوبه بهذا المعنى فيها من المسلّمات عندهم، ووجوب الرّد بهذا المعنىٰ في الغصب ليس لأجل عدم جواز التصرّف في مال الغير، ولذا لم يتمسّكوا لإثبات وجوب الرّد فيه بما دلّ علىٰ ذلك، بل الدّليل عليه في باب الغصب الإجماع وما ورد من أنّ المغصوب مردود.

نعم تمسّك الشهيدﷺ لإثبات وجوب الرّد في باب الغصب بعد الإجماع بقوله ﷺ «**على اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّي**»[١]، وهو لو دلّ عليه في باب الغصب، لدلّ فيما نحن فيه أيضاً علىٰ وجوبه، ولكنّك قد عرفت من ظهوره في الحكم الوضعي، أعني إثبات الضّمان دون التكليفي، لما ذكرنا من ظهور كلمة علىٰ في إثبات الحكم الوضعي إذا استند إلىٰ مال من الأموال، ولذا تمسّكوا به في كثير من الموارد لإثبات الضّمان دون الوجوب، فبه يثبت الضّمان إلىٰ زمان الاداء دون الوجوب، وهي عبارة عن الرّد.

والمناقشة: بأنّ لفظ «الاداء» أيضاً ظاهر في التّمكين على الاستيلاء عليها والتصرّف فيها، باعترافه علىٰ حقّه دون الإيصال كما في قوله تعالىٰ: ﴿**إنّ الله يأمُرُكمْ أنْ تؤدُّوا الأمانات إلى أهْلِها**﴾[٢]، وفي غير موضع ممّا يدلّ علىٰ وجوب اداء الأمانة، ليست في محلّها لا لأنّ الآية مسوقة لبيان أنّ الرّد لابدّ أن يكون إلى الأهل لا إلىٰ غيره، فتكون ساكتة عن حال الاداء، بل لصرفها في هذه المكانات عن ظاهرها، وتجريدها عن الإيصال فيها للإجماع.

ودعوىٰ: إثبات وجوب الرّد بمعنى الإيصال بالاتّفاق.

ممنوعة: بأنّ اتّفاقهم علىٰ وجوب الرّد لو سلّم، فيحتمل أن يكون مرادهم من الرّد ما أجمعوا عليه في باب الوديعة لا الرّد بمعنى الإيصال، والشكّ يكفي في عدم الحكم بالوجوب، لعدم العلم بتحقّقه حتّىٰ في هذا المورد.

نعم يمكن التمسّك لوجوب الرّد بما حُكي عن «السّرائر» من أنّ المقبوض بالبيع الفاسد يجري عنه المُحصّلين مجرى الغصب، لو قيل بعموم المنزلة حتّىٰ في وجوب الرّد وكيفيّته لا في مطلق الضّمان.

وهذه الدّعوىٰ مشكلة، ولو بعد تسليم الإجماع أو حجّيته كما لا يخفىٰ.

---

١ ـ عوالي اللئالي: ٢ / ٣٤٥ حديث ١٠.

٢ ـ سورة النساء: آية ٥٨.

ثمّ أنّه قد يتوهّم: جواز التصرّف فيه مطلقاً لكونه مأذوناً فيه حيث دفعه إليه باختياره.

وفيه: إنّ الدّفع إليه انّما هو للجري على المعاملة والتباني عليه، والرّضا الحاصل في ضمنه انّما هو لزعمه ملكيّته، وبعد كشف الخلاف وعدم إمضاء الشّارع لم يبق له رضاً ولا إذن، لكونه مقيّداً بانتقال العوض اليه، إذ المفروض عدم إنشاء الملكيّة المجّانية، وكونه مالاً للمالك مأذوناً في التصرّف يحتاج إلى اذن جديد.

وامّا تقيّد الرّضاء بحصول الملكيّة في الجاهل بالفساد فواضح، وفي العالم أيضاً كذلك، إذ البايع بالبيع الرّبوي رضائه بالتصرّف في المبيع للتّباني على الجري علىٰ مقتضاه تشريعاً أو مسامحةً، وبعد حَجْر الشّارع عن هذا التصرّف وعدم امضائه ينتفي الرّضاء وليس رضاء آخر دونه.

ومن الاُمور المتفرّعة علىٰ عدم ملك المقبوض بالبيع الفاسد أيضاً انّه لو كان للعين المبتاعة منفعةً استوفاها المشتري قبل الرّد كان عليه عوضها على المشهور، بل الظّاهر ممّا تقدّم من «السّرائر» من كونه بمنزلة المغصوب الاتّفاق عليه.

وهذا الحكم ممّا لا إشكال فيه، لاحترام أموال المسلمين، وعدم حلّيتها إلّا عن طيب نفسه، وقد عرفت صدقه على المنفعة المستوفاة.

ولكنّه قد يتمسّك لنفي الضّمان في المنافع بقوله ﷺ **«الخراجُ بالضّمان»**[1]، وتفسيره أنّ من ضمن شيئاً وتقبّله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببيّة أو المقابلة، فالمشتري لمّا أقدم علىٰ ضمان البيع وتقبّله علىٰ نفسه بتقبيل البايع وتضمينه إيّاه علىٰ أن يكون الخراج له مجّاناً، كان اللّازم من ذلك أنّ خراجه له علىٰ تقدير الفساد، كما أنّ الضمان عليه علىٰ هذا التّقدير أيضاً.

والحاصل: أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجعه إلى أنّ الغنيمة

---

١ ـ عوالي اللئالي: ١ / ٢١٩ ح ٨٩، سنن الترمذي: ٣ / ٥٨٢ ح ١٢٨٥ ـ ١٢٨٦، سنن ابن ماجه: ٢ / ٧٥٤ ح ٢٢٦٣.

والفائدة بازاء الغرامة، وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرّقة، مثل قوله عليه السلام

في مقام الاستشهاد علىٰ كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري «**ألا تَرىٰ أنّه لو أحترقت كانتْ مِنْ مال المشتري**»[1] ونحوه في الرّهن غيره.

وفي الاستدلال نظر: لأنّ هذا الضّمان ليس ممّا أقدم عليه المتبايعان حتّىٰ يكون الخراج بازائه، وإنّما هو أمرٌ قهريّ حَكَم به الشّارع كما حكم بضمان المغصوب، وليس الخراج فيه للغاصب قطعاً، مع أنّه ضامن للعين المغصوبة. وقد عرفت دعوى الإجماع من «السّرائر» من أنّ المقبوض بالبيع الفاسد بمنزلة الغصب.

وقد يُفسّر معنى الرّواية بأنّ المراد بالضّمان الّذي بازائه الخراج، التزام الشّيء على نفسه، وتقبّله له مع إمضاء الشّارع له، فعلىٰ هذا معناها أنّ كلّ مورد تحقّق تضمينٌ وتغريمٌ من قبل المالك والتزامٌ وتقبّلٌ من قِبل الآخذ، وأمضاه الشارع يكون الخراج للآخذ، مقابلاً لالتزامه علىٰ نفسه أو بسببه.

وفيه: مع بُعده، أنّه منتقض بالعارية المضمونة، حيث أنّه اقدام علىٰ ضمانها، مع أنّ خراجها ليس له لعدم تملّكه المنفعة، وانّما تملّك الإنتفاع الّذي عيّنه المالك.

ويمكن تفسيرها بما ذكره بعضهم في معنى الضمان، وقد ذكرناه في صدر القاعدة السّابقة، وهو أنّه معنىٰ ضمانه عليه أنّه لو تلف كان في ملكه لا بمعنى الخسارة، ويكون المراد بالضّمان ما هو الحاصل منه لا معناه الحَدَثي المصدري، فمعناها أنّ تعلّق الخراج ملاصقٌ بصيرورة الشّخص منافياً، بمعنى أنّه ينقل بمن يكون تلفه في ملكه.

فحاصله: أنّ المنافع تابعة للأعيان، ويشعر علىٰ هذا التّفسير التّعليل المذكور في قوله عليه السلام «**ألا تَرىٰ أنّه لو احترقت كانتْ مِنْ مال المُشتري**»[1] لدلالته على أنّ المنافع تابعة للأعيان.

---

١ ـ التهذيب: ٧ / ١٧٦، وسائل الشيعة: ١٨ / ٢٠.

ويمكن تنزيل الرّواية علىٰ خراج المقاسمة فتصير أجنبيّة عن المقام[1].

والحاصل: أنّ دلالة الرّواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه، هذا كلّه في المنفعة المستوفاة.

وامّا المنفعة الفائتة بغير استيفاء فقد استوفينا الكلام فيها في القاعدة السّابقة.

* * *

١ ـ وعلى هذا أيضاً يحتمل معنيين:
أحدهما: انّ منافع الأعيان التي أخذها من السّلطان بتضمينه له للآخذ بسبب ضمانه أو مقابلاً له.
ثانيهما: أن يكون المراد من الخراج هو الخراج السّلطاني، فيكون معناها أنّ تعلّق الخراج بالضّامن بسبب ضمانه، فافهم (منه قدس سره).

[في المثلي والقيمي]

ومن الأُمور المتفرّعة لو تلف المقبوض بالبيع الفاسد، فإن كان مـثليّاً وجب مثاله بلا خلاف، إلّا ما يحكىٰ عن ظاهر الإسكافي، وإلّا فالقيمة.

وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي:

والمحكي عن المشهور: أنّه ما يتساوىٰ أجزائه من حيث القيمة.

وعن «السّرائر»: ما تماثلت أجزائه وتقاربت صفاته.

وعن «الدروس» و«الروضة»: أنّه المتساوي الأجـزاء والمـنفعة، المـتقارب الصّفات.

وعن «غاية المراد»: ما تساوىٰ أجزائه في الحقيقة النّوعية.

إلىٰ غير ذلك.

ثُمّ لا يخفىٰ، أنّه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعيّة ولا متشرّعة، وليس المراد بيان معناه اللّغوي إذ المراد بالمثل لغةً المماثل، ولا خفاء من هذه الجهة بل النّزاع في تعيين جهة المماثلة، وحينئذٍ نقول: إنّه لو أُريد منه المماثلة من جميع الجهات فغير منعكس، إذ قلّما يوجد شيئان متماثلين بهذا النّحو، ويلزم خروج أغلب ما حكموا بكونه مثليّاً

عنه، ولو أُريد من بعضها فغير مطّردٍ كما لايخفىٰ، فليس في المقام معيارٌ معتبرٌ في تميز المثلي عن غيره بحيث تطمئنّ به النّفس، فلابدّ في الموارد المشتبهة الكثيرة الّتي لم يتحقّق الإجماع علىٰ كونه مثليّاً أو قيميّاً بملاحظة الأصل والرّجوع إليه، وذكر شيخ مشايخنا في تعيين الأصل:

«ولايَبعد أنْ يقال إنّ الأصل هو تخيير الضامن، لأصالة براءة ذمّته عمّا زاد علىٰ ما يختاره، فانْ فرض إجماعٌ علىٰ خلافه، فالأصل تخيير المالك، لأصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لا يرضىٰ به المالك، مضافاً إلىٰ عموم «على اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّي» فانّ مقتضاه عدم ارتفاع الضّمان بغير اداء العين خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر، والأقوىٰ تخيير المالك من أوّل الأمر لأصالة الاشتغال، والتمسّك بأصالة البراءة لايخلو من منع.

نعم يمكن أنْ يقال: بعد عدم الدّليل لترجيح أحد الأقوال والإجماع علىٰ عدم تخيير المالك التمييز في الاداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعني تعيّن المثل. بحيث لايكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضّامن من الامتناع، وتعيّن القيمة كذلك، فلا متيقّن في البين، ولا يمكن البراءة اليقينيّة عند التّشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوىٰ فتأمّل»[1] انتهىٰ كلامه رفع مقامه.

وفي كلامه تأمّل أمّا أوّلاً: فلأنّ الحكم بالتّخيير:

امّا لأجل دوران الأمر بين التّعيين والتّخيير على القول به.

وامّا لأجل تعارض الدّليلين إنْ لم نقل بوجوب التوقّف والاحتياط والرّجوع في مقام العمل إلى الأُصول.

وامّا لأجل دوران الأمر بين المحذورين بحيث لم يمكن الاحتياط.

وليس ما نحن فيه من القسم الأوّل لكونهما متباينين، ولا من القسم الثاني لأنّ

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٠٦ سطر ١٣.

الشكّ في أنّ هذا الشّيء هل هو مثليّ حتّىٰ يجب مثله، أو قيميٌّ حتّىٰ تجب القيمة، وليس لهما دليلان متعارضان حتّىٰ يتخيّر في الأخذ بأحدهما، ولا من القسم الثالث لإمكان الاحتياط مطلقاً.

امّا بالنّسبة إلى الضّامن فببذل المثل والقيمة جميعاً، وامّا بالنسبة إلى المالك فبعدم الإلتزام بأحدهما معيّناً، أو رفع اليد عن كليهما، وليس للمالك التزامه بكليهما أو بأحدهما معيّناً بل له أن يطالب حقّه الواقعي الّذي هو في ذمّة الضّامن، فيجبُ على الضّامن ادائهما جميعاً مقدّمة ليحصل العلم بالفراغ، وللمالك أن يقول (اجعلني في حلٍّ عمّا زاد عن حقّي وإلّا لم آخذ إلّا ما هو حقّي)، فمقتضى الاشتغال يجب بذله عن طيب النّفس تحصيلاً للعلم بالبراءة، وليس للمالك الإلزام بخصوصيّة حقّه من غير زيادة ونقصان لكونه تكليفاً بالمحال.

ولكن لايخفىٰ أنّ إلزامه علىٰ بذل المثل والقيمة تحصيلاً لفراغ الذمّة مشكلٌ، وإلزامه بكونه عن طيب النّفس بحيثُ لا يستلزم أخذ المالك كليهما تصرّفاً في مال الغير أشكلُ فمقتضى الإحتياط دفع المثل والقيمة إلى المالك بعنوان اداء حقّه الواقعي الّذي هو ثابت فيهما، ويبقىٰ ما ليس بحقّه باقياً علىٰ ملك الضّامن، فيشتركان فيهما اشتراكاً قهريّاً في ذلك الموضوع الخارجي، فيرجع بعد ذلك إلىٰ ما هو حكم الشّركة القهريّة من الصّلح والقرعة وغير ذلك على المسألة، وامّا ما دام الحقّ باقياً علىٰ ذمّته فلايجري القول بالصّلح والقرعة، لكون الشّبهة حكميّة ولا يجريان في الشّبهة الحكميّة، وبعد خروجه في العهدة بادائهما إلى المالك لا مانع من اجرائهما لصيرورة الشّبهة موضوعيّة وليس للمالك الامتناع عن أخذهما معاً بعد رفعهما إليه بعنوان اداء حقّه الواقعي مع مطالبة عين حقّه، لدوران الأمر بين رفع الضّامن يده عمّا زاد عن حقّ المالك وتسليطه عليه من غير استحقاقٍ، وبين قبول المالك حقّه علىٰ نحو الشّركة وإيصال الحقّ إليه مشتركاً، ولاريب أنّ المحذور في الثّاني أقلّ. وليس المراد من الشّركة هي الشّركة الحقيقيّة، بل المراد منها كون المالين مشتبهين بحيث لايُعلم

حقّ كلّ منهما، وحينئذٍ يرفع الأمر عند التّشاح إلى الحاكم.

والحاصل: أنّ مقتضى الاحتياط الّلازم دفع المثل والقيمة إلى المالك بعنوان اداء حقّه الواقعي، وتعيين الكلّي الّذي في ذمّته في ضمن أحدهما، من غير تعيين بخصوصه، وعلى المالك القبول، وليس له الامتناع عن أخذ حقه بهذا النّحو، لعدم تمكّنه عن اداء حقّه معيّناً من غير اشتباه، وإلزامه برفع اليد عن الزائد عن حقّه ضرر عليه، وكذا ابقائه علىٰ ذمّته، فيجبُ عليه القبول علىٰ نحو الإشتراك والاشتباه، فيعامل معهما معاملة المالين المشتبهين في الخارج ابتداءً، ولو امتنع المالك عن القبول يُرفع أمره إلى الحاكم فيلزمه عليه، أو يقبل عن قبله، ثُمّ يأمرهما بالصّلح، والظّاهر عدم تعيّن حقّ كلّ منهما بالقرعة، لكون الشكّ في التعيّن من جهة أصل الحكم، وليس للقرعة في تعيين الحكم مجرىٰ كما تبيّن في محلّه، فذلك نظير ما لو علم بحليّة واحد من الغنم أو الأرنب الموجودين في الخارج مع حرمة الآخر، ولكن اشتبه علينا أنّ الحلال هل هو الغنم أو الأرنب، فكما لايجوز تعيين الحلال منهما بالقرعة كذلك فيما نحن فيه، لأنّ تعيين حقّ المالك في خصوص المثل أو القيمة معناه أنّ حكم الضّمان في هذه الواقعة هو هذا الشّيء المعيّن، وهذا بخلاف الصّلح، لأنّه ليس لتعيين الحقّ الواقعي، بل المراد تمكين كلّ واحد من المالكين على الانتفاع على المال المشتبه، ولو كان كلّ ممّا في يد كلّ منهما في الواقع ملكاً للآخر، وليس مؤدّى الصّلح تعيين الحقّ الواقعي وتشخيصه في ضمن المثل أو القيمة، فافهم.

ثمّ أنّه قد يشكل ما ذكرنا: بأنّ الجهالة مانعة عن تعيين الكلّي الّذي في ذمّة الضّامن في ضمن الحقّ الخارجي.

ولكنّه لايخفىٰ ما فيه، خصوصاً بعد ملاحظة إمكان الاحتياط في العبادات.

وبالجملة: أنّ مقتضى القاعدة أنّ أصالة الاشتغال في المقام مُحكّمة، وليس ما نحن فيه إلاّ من قبيل دوران الوجوب بين الظّهر والجمعة، ولا فرق فيهما من جهة أنّ المثال من قبيل حقّ الله تعالىٰ، وما نحن فيه من قبيل حقّ النّاس، فهذا نظير ما لو

علم المديون بالدّين ولكن شكّ في أنّه هل لزيدٍ في ذمّته أو لعمرو، فيجبُ بمقتضى القاعدة أنْ يؤدّي مقدار الدّين علىٰ كلّ منهما تحصيلاً للعلم بفراغ الذمّة، وليس للتّخيير فيه مجرىٰ، ولايمكن القول بالقرعة في أمثال المقام لكون الشّبهة حكميّة.

وثانياً: انّ التمسّك بعموم (على اليد) في المقام لايخلو عن إشكال، إذ لايخلو الحال امّا أن يُقدّر فيها العهدة، فيكون معناها علىٰ عهدة الآخذ ما أخذ إلىٰ زمان الاداء، ومعنى كونه علىٰ عهدته أنّه لو تلف لكان عليه خسارته وضمانه، وهذه التعليقيّة تتنجّز زمان التّلف. وعلىٰ هذا لا تعرّض لها لما بعد التّلف حتّىٰ يُتمسّك بعمومها لإثبات التّخيير.

وامّا أنْ لا يقدّر العهدة فيها، فمعناه على الآخذ اداء ما أخذ، فما دام باقياً عليه ردّه، وحين التلف ينقل عينه إلىٰ ذمّته، ومعنىٰ كونه بعينه في ذمّته أنّه ملتزمٌ بادائه مطلقاً بحيث لو فرض جواز إعادة المعدوم لكان اللّازم عليه ذلك، وألّا يبقىٰ علىٰ ذمّته إلىٰ **﴿يومَ يُنادِ المناد﴾**[1]، نظير بعض حقوق الأموات وغيرها التي لا تخلّص لها في دار الدّنيا، بل يبقى المستحقّ عليه مشغول الذمّة إلىٰ يوم القيامة، وحينئذٍ لايجوز تكليفه بفراغ الذمّة لكونه محالاً، وجعلُ الأداء غايةً بعد التّلف من قبيل قوله تعالىٰ: **﴿حتّىٰ يَلِجَ الجَمَل في سَمّ الخِياط﴾**[2] تعليقٌ بالمحال.

إذا عرفت ذلك فنقول: قد علمنا من الإجماع أنّ بذل المثل أو القيمة بعد التّلف مبرّءٌ للذمّة، فعلىٰ هذا فلابدّ من تخصيصها بأحدهما، كما أنّها مخصّصةٌ برضاء المالك، أو تعميم الاداء بحيث يشمل المثل أو القيمة، فعلىٰ هذا معناها على الآخذ أداء عينه أو ما هو منزّل منزلتها بحكم الشّارع.

وكيف كان يوجب ذلك إجمال الدّليل، لأنّه إمّا من قبيل العام المُخصّص بالمجمل أو المجاز الّذي أجمل فيه القرينة، فلايجوز التمسّك في مورد الإشتباه علىٰ عمومه،

---

١ ـ سورة ق: آية ٤١.

٢ ـ سورة الأعراف: آية ٤٠.

وليس المخصّص من قبيل الأقلّ والأكثر حتّىٰ يقال انّ الأقوىٰ جواز التمسّك في المشكوك بعموم العام، لما عرفت من أنّ المثل والقيمة متنافيان، ولا يجوز التمسّك في شيء منهما بعموم العام، لأنّ الأصل في كلّ منهما متعارضٌ بالآخر، فيصير العام مجملاً بالنّسبة إليه.

هذا، ولا يخفىٰ أنّ المعنى الأوّل أعني تقدير العُهدة أظهر، ويؤيّده ما ورد من التصريح بالضّمان في نظائره، مثل رواية عبدالله بن ميمون عن الصادق عليه السلام:

«إذا دَعا الرّجلُ أخاهُ باللّيل فَهو ضامِنٌ له حَتّىٰ يَرجَع إلىٰ بيته»[١].

وفي رواية اُخرىٰ:

«فَهو لَهُ ضامِنٌ إلّا أنْ يقيم البيّنة أنّه قَد رَدّه إلىٰ منزله»[٢].

فالظّاهر أنّ مجموعها من وادٍ واحدٍ إذ معنى كونه علىٰ عهدته أنّه ضامن حتّىٰ يؤدّيه.

وهذا المعنىٰ ـ أعني بقاء العين في الذمّة ـ وإنْ كان مخالفاً لظاهر الأصحاب، لأنّ الظّاهر منهم في أغلب الموارد انتقال المثل أو القيمة في الذمّة في آن التّلف لا عينه، إلّا انّه مناسب لما ذكره المحقّق رحمه الله في مسألة ما لو تلف ثوبه عند الضّامن وكان قيمته درهماً أنّه يجوز بيعه عليه علىٰ درهمين ولا رباء، وذلك لاستقامته لو قلنا ببقاء العين، وامّا لو قلنا بالإنتقال إلى القيمة فمشكلٌ لتحقّق الرّبا.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ الأصل في الضّمان المثل، بمعنى أنّ المنتقل إلى الذمّة أوّلاً وبالذّات بعد تلف العين هو المثل مطلقاً دون القيمة، لكونه أقرب إلى التّالف من حيث الذّات والوصف، ولكنّه انعقد الإجماع مثلاً على أنّه يؤدّي وتحصل البراءة منه في القيميّات بأداء قيمته، فيسقط المثل عن الذمّة يوم اداء القيمة، ومقتضىٰ ذلك أنْ يُؤدّي قيمته يوم الأداء لا يوم التّلف، وعلى هذا فلا مانع من بيع ما في ذمّة الضامن،

---

١ ـ التهذيب: ١٠ / ٢٢٢.

٢ ـ الكافي: ٧ / ٢٨٧.

وهو عبارة عمّا هو مثل التّالف بدرهمين، إذ لا ربا حينئذٍ، لأنّ المبيع هـو الثّـوب الثّابت في ذمّة الضّامن لا قيمته.

وثالثاً: أنّ الحكم بكونه من باب تخيير المجتهد في الفتوىٰ ممّا لا وجه له، لأنّ فتواه بالتّخيير امّا من جهة تعارض الدّليلين، أو لأجل دوران الأمر بـين التّـعيين والتّخيير، وقد عرفت أنّ ما نحن فيه ليس منهما في شيء.

ويمكن أن يقال[1]: إنّ القاعدة المستفادة من اطلاقات الضّمان في المغصوبات والأمانات المفرّط فيها وغير ذلك هو الضّمان بالمثل، لأنّه أقرب إلى التّالف من حيث الماليّة والصّفات، ثم بعده قيمة التالف من النّقدين وشبههما، لأنّها أقرب من حيث الماليّة، لأنّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتّالف بعد إرجاعه إليهما، ولأجل الاتّكال علىٰ هذا الظهور لا تكاد تظفر علىٰ موردٍ واحد من هذه الموارد علىٰ كثرتها قد نصّ الشّارع علىٰ ذكر المضمون به، بل كلّها إلّا ما شذّ وندر قد أطلق فيها الضّمان، فلولا الاعتماد علىٰ ما هو المتعارف لم يحسن من الشّارع إهماله في موارد البيان.

ولكنّه لابدّ في إثبات المدّعىٰ من السّبر في الموارد الخاصّة واحراز كـونها في مقام بيان إتمام الحكم فيها، وإلّا فلا ينفع الإطلاق فيها لإثـباته، والظّـاهر كـونه كذلك، وحينئذٍ يكون المرجع في فهم كيفيّة الخروج من العهدة هو العرف.

ولكن يُشكل هذا: بكونه مخالفاً لمذهب المشهور، لأنّ مقتضىٰ مذهبهم لزوم دفع المثل في المثلي، ولو نقص قيمته عن قيمة التّالف حين التّلف، بل ولو سقط عن الماليّة، كالماء على الشّاطئ والثّلج في الشتاء، مع انّه لايُعدُّ ذلك في العرف خروجاً عن عهدة التّالف، وكذا لو كان التّالف قيميّاً مع تمكّن الضّامن عن دفع المثل مع كونه

---

١ ـ ويمكن أن يقال أيضاً: إنّ الثّوب مثلي لا قيمي، فينتقل المثل إلى الذّمة مطلقاً، ومـتعلّق البيع علىٰ هذا أيضاً المثل دون القيمة، ولكن الظّاهر أنّ القول بكونه مثليّاً ضعيفٌ فلايُحمل عليه كلامه. ولعلّه﷿ أشار إلىٰ ما ذكرنا بإيراد الأمر بالتأمّل في كلامه رفـع مـقامه. (منه رحمه الله)

مساوياً له في القيمة، فمقتضى مذهب المشهور عدم لزوم دفع المثل، بل عدم جوازه لو لم يرض المالك، مع أنّ الخروج عن العهدة عند العرف منحصر حينئذٍ علىٰ دفع المثل.

والحاصل: إنّ كيفيّة الخروج عن العهدة عند العرف هي اداء ما يماثل التّالف ذاتاً وصفةً عند التمكّن، وبدونه بذل ما يساويه من حيث الوصف أعني الماليّة، ولذا لو استعار أحد من غيره آنيةً وأتلفها يدفع إليه ما يساويها من الأواني بحيث لا يمتاز عن التّالف ولا يخبر المالك عن التّلف، ومع ذلك يرىٰ نفسه بريّة عنها ولا يشتغلها بها، وليس ذلك إلّا لأجل أنّ كيفيّة الخروج عن العهدة عندهم بهذا النّحو، وهذا مخالف لمذهب المشهور حيث لم يكن مثليّاً.

إذا عرفت ذلك علمت أنّ متابعة العرف مع مخالفته للمشهور مشكلٌ، ولكن رفع اليد عنه ومتابعة المشهور من غير دليل أشكل، فعلىٰ هذا لابدّ من إحراز طريقة العرف في كيفيّة الخروج عن العهدة، فما عُلم منها عَمِل علىٰ طبقها، وما لم يُعلم يُرجع إلى الأصل المتّبع في المقام.

ولايخفىٰ أنّ الرّجوع إلى العرف في تعيين الضّمان إنّما هو في كلّ مورد لم يرد علىٰ خصوصه دليلٌ علىٰ خلاف طريقة العرف، فلا ينافيه ما ورد في أنّ الثابت في ذمة من اقترض دراهم وأسقطها السّلطان وروّج غيرها عليها هي الأُولىٰ منها.

وقد يقرّر الإستدلال[1] بوجه أوفىٰ لايحتاج إلى احتراز كون الإطلاقات في

١ ـ ويمكن الاستدلال بالآية الشريفة لإثبات التّخيير بالنّسبة إلى المالك ما لم يكن فيما خيّره اعتداءً زائد على المعتدىٰ به، بدعوىٰ دلالتها على التّرخيص في أصل الاعتداء مطلقاً ما لم يتعدّ عن مقدار المعتدىٰ به، فمعناها التّرخيص بالإعتداء بالمماثل وما دونه، ولا ما زاد عنه في أصل الاعتداء، فحينئذٍ له الإعتداء بأخذ المثل لو لم يكن الاعتداء زائداً على الاعتداء الصّادر منه أوّلاً، وله الاعتداء بأخذ القيمة لو لم يكن كذلك من غير فرق بين المثلي والقيمي.

←

مقام بيان تمام الحكم وهو:

إنّه بعد إحراز أنّ للعرف طريقة في الخروج عن عهدة المتلفات وضمانها، لو ورد أمرٌ من الشّارع بضمان ما أتلف ولم يَعلم أنّ مراده هو الضّمان المتعارف أو أراد منه معنىً آخر، لوجب الحمل علىٰ معناه العرفي، إذ لو لم يرد هذا المعنى لكان عليه البيان، ولا فرق حينئذٍ بين عدم وصول البيان أو عدمه رأساً، إذ العقل لا يَعذر عبداً لم يمتثل أمر مولاه لاحتمال إرادة المولىٰ غير معناه المتعارف، ولو احتمل بيان مراده ولم يصل إليه، خصوصاً بعد إحراز كون مكالماته علىٰ طريقة العرف، لابدّ حينئذٍ في تعيين مراداته من الرّجوع إلى العرف، ما لم يبيّن خلافه أو لم يصل إرادته الخلاف، فلو قال المولىٰ: **﴿فَاذا حُيّيتُمْ بتَحيّةٍ فَحيّوا بأحْسَنَ مِنها أو رُدّوها﴾**[1] لابدّ في تعيين التحيّة وردّها من الرّجوع إلى العرف، وهو موكول إليهم.

وقد استدلّ علىٰ ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالىٰ: **﴿فَمَنْ اِعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ فاعْتَدُوا عَلَيه بِمِثْل ما اِعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ﴾**[2] بتقريب انّ مماثل اعتدىٰ هو المثل في المثلي والقيمة في غيره، واختصاص الحكم بالتّلف عدواناً لايقدح بعد عدم القول بالفصل.

← اللّهمّ إلّا أنْ يقال: إنّ الاجماع منعقد على خلافه، أعني بطلان تخيير المالك، وكذا ينافيه ما ادّعوا من الاتفاق على أنّ ضمان المثلي بالمثل خاصّة وضمان القيمي بالقيمة بخصوصها، ولكنّ الإجماع الأخير لا يضرّ بالتمسّك بها في الموارد المشكوكة، لأنّه بمنزلة الأصل يُرجع إليه عند الشكّ، ومعلوم أنّ تلك الموارد المشكوكة ليست ممّا انعقد الإجماع علىٰ خصوص المثل أو القيمة.

هذا إذا قلنا بأنّ الإجماع إنّما انعقد على المصاديق، وأنّ العنوان منتزع عنها.

وامّا لو قلنا إنّ الاجماع منعقد على العنوان والشكّ في بعض الأفراد شكّ في إندراجه تحت ذلك العنوان المعلوم الحكم، وسيجيء مزيد توضيح ذلك في المتن إن شاء الله تعالىٰ، فلايبقىٰ حينئذٍ للتّخيير محلّ كما لايخفىٰ (منه قدس سره).

١ ـ سورة النساء: آية ٨٦.

٢ ـ سورة البقرة: آية ١٩٤.

وربّما يُناقش في الآية: بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الإعتداد لا المعتدىٰ به.

وفيه نظر: توضيح ذلك، أنّ مساق الآية يحتمل أن يكون للتّرخيص في أصل الاعتداء أو مقداره أو لهما مع بيان المعتدىٰ به، بمعنىٰ أنّها مسوقة للتّرخيص علىٰ الاعتداء بالمماثل، فهو مستلزمٌ للتّرخيص في أصل الاعتداء، وكون المعتدىٰ به بمقدار ما اعتدىٰ به أوّلاً، إذ لو لم يكن كذلك لما كان مماثلاً له، ولا يبعد دعوىٰ ظهورها في هذا المعنىٰ.

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية كالدّليل السّابق عليها بالقول المشهور، لأنّ مقتضاها وجوب المماثلة العرفيّة في الحقيقة والماليّة، فهذه مؤيّدة للدّليل السّابق في كون المرجع في كيفيّة الخروج عن العهدة هو العرف، فباطلاقها يمكن أن يتمسّك في أنّ المرجع في تعيين المماثل هو العرف، وليس المراد منه غير ما هو المتعارف لظهورها في كونها في مقام بيان الحكم بتمامه.

ثُمّ، لا يخفىٰ انّه ليس للعرف قانونٌ منضبط يرفع بملاحظته الشكّ في الموارد، فلابدّ في كلّ موردٍ من ملاحظة طريقهم في كيفيّة الخروج عن العهدة في ذلك المورد، وربّما لا يحرز الطريقة فيرجع إلى الأُصول والقواعد، ومع هذا لا شبهة أنّ الموارد المحرزة فيها طريقتهم لا توافق القول المشهور، لأنّ مقتضى العرف في كيفيّة الخروج عن العهدة بذل المماثل عرفاً في الحقيقة والماليّة، وهذا يقتضي اعتبار المثل حتّىٰ في القيميات، مثلاً لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فانّ مقتضى العرف إلزام الضّامن بتحصيل ذراع آخر، من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى المالك، مع أنّ القائل بقيميّة الثّوب لا يقول به، وكذا لو تلف عليه عبداً وله في ذمّة المالك بسبب القرض أو السّلم عبدٌ موصوف بصفات التّالف، فانّهم لا يحكمون بالتّهاتر القهري، مع أنّ اللّازم في نظر العرف بذل المثل ولازمه التّهاتر القهري.

وتوهّم: أنّ حكم المشهور بكون العبد وأمثاله قيميّاً لأجل عدم الإحاطة والإطّلاع على الصّفات الخفيّة والآلام الباطنيّة، فهو في الحقيقة ممّا لا يوجد له مثلٌ، وعلىٰ فرض الوجود قليل التحقّق، فهو بمنزلة العدم ولذا حكموا بكونه قيميّاً.

مدفوعٌ: بأنّ المفروض أنّ المبتاع بالسّلم كلّي متّصف بصفات التّالف، بحيث لو فُرض وجوده عند البايع لجاز بذله عمّا في ذمّته وتعيينه في ضمنه، مع أنّ هذا الكلام لا يتمشّىٰ فيما يجوز بيعه بالسّلم، لأنّ صحّته موقوفة على أن تكون أوصافه منضبطة، ففي كلّ مورد يصحّ فيه السّلم يجب بذل المثل للخروج عن العهدة بمقتضى العرف، مع أنّه غير منطبق علىٰ مذهب المشهور.

والحاصل: أنّ مقتضىٰ ظاهر الآية والدّليل السّابق الرّجوع إلى العرف في باب التّضمينات والغرامات، والقدر المحصّل من طريقتهم علىٰ نحو الجزم واليقين هو لزوم بذل المثل لو كان مساوياً للتّالف في الماليّة، من غير فرق بين الحنطة والشّعير والرّطب والتّمر والبغل والثّوب والعبيد وغير ذلك من الأعيان، نعم لو لم يجد المثل كذلك، يجب الرّجوع إلى القيمة عندهم، لأنّها أقرب إلى التّالف بحسب الماليّة.

ولكن يشكل هذا: مع مخالفته للمشهور بأنّ بعض المصاديق منها ممّا أجمع علىٰ لزوم بذل المثل كالحنطة والشّعير سواء زاد عن قيمته التّالف بحسب القيمة أو نقص منها، ممّا أجمع علىٰ وجوب دفع القيمة كالبغل والعبد وغير ذلك، سواء وجد له المثل أم لم يوجد، بل يمكن دعوىٰ القطع بملاحظة الإجماع، علىٰ أنّ ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة، مع تعريفهم للمثلي والقيمي بما لا ينطبق على العرف، مع كثرة اختلافاتهم في أصل التعريف، بعدم كون العرف مرجعاً بهذا الباب.

وتوهّم: أنّ مدرك إجماعهم ملاحظة العرف في كيفيّة الخروج عن العهدة، واستفادتهم من أهل العرف أنّ ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة، واختلافهم في التّعريف لأجل اختلاف افهامهم فيما استفادوا منه، وبعدما علمنا خطائهم في الإستفادة، وأنّ طريقتهم مخالفة لطريقة العرف، لايبقىٰ لإجماعهم بالنّسبة

إلينا اعتبار.

مدفوعٌ: في الغاية، بحيث لا يرضىٰ به ذو لبّ، خصوصاً بعد ملاحظة كون المسألة ممّا يبتلي بها كلّ أحد في يومه وليلته غالباً، فكيف يعقل غفلتهم عنها، وحكمهم فيها علىٰ خلاف الواقع غالباً، مع احتمال وقوفهم علىٰ مدركٍ لم نقف عليه، بل يمكن دعوى القطع من تتبّع الموارد الخاصّة الكثيرة في باب التضمينات والغرامات الآمرة بدفع القيمة دون المثل، بعدم كون العرف مرجعاً، وانّ حكمه في بعض المصاديق بضمان القيمة لجامع بينها، لايوجد ذلك الجامع في غيرها من المصاديق، وكذا حكمه في الضّمان بالمثل في بعض آخر من غير ملاحظة العرف، وانّما الملحوظ ذلك المناط، كما إذا لاحظ في الحكم بضمان المثل انضباط صفات التّالف حال كونها ظاهرة، من غير أن يكون له صفة باطنيّة لا تدرك غالباً، وأنْ يكون غالب التحقّق في الخارج، من غير ان يكون في تحصيله كلفة زائدة، وكذا غيرها ممّا يمكن أن يلاحظ مناطاً للحكم، وفي الحكم بضمان القيمة أن يكون انتفائها ملحوظاً، فيدور الحكم بضمان المثل أو القيمة مدار ذلك المناط، سواء طابق عليه العرف في الحكم بهذا الضّمان الخاص أم لم يطابق، ولعلّ مدرك الإجماع وقوف المجمعين بملاحظة تلك الأخبار علىٰ ما هو الملاك فيها، واختلافهم في التّعاريف لأجل اختلافهم في استفادة مناط الحكم عن تلك الأخبار بمقتضى إفهامهم، لا لأجل اختلافهم في معنى المثلي أو القيمي بحسب الإصطلاح أو الّلغة، فيرجع النّزاع إلى ادّعاء كلّ ممّن عرّف كلّاً منهما بتعريف خاص، أنّ ذلك المناط يتحقّق في ضمن تلك المصاديق التي عرّفها بهذا التّعريف الخاص.

وكيف كان، فلاريب في حجّية الإجماع في أمثال المقام، خصوصاً بعد اعتضاده بما علمنا من الأخبار المتفرّقة المتشتّتة الكثيرة من عدم إيكال الأمر إلى العرف، فلابدّ من الجري علىٰ مقتضاه، والحكم بضمان المثل فيما علمنا كونه مثليّاً، أو القيمة فيما علمنا كونه قيميّاً.

واﻣّا الموارد المشكوكة فيعمل فيها علىٰ مقتضى القواعد، أعني الرّجوع إلى عموم ﴿**فَاعْتَدُوا عَلَيهِ بِمِثْلِ ما اعْتَدىٰ عَلَيْكُمْ**﴾[1]. ولابدّ في تشخيص المثل في تلك الموارد من الرّجوع إلى العرف.

ولا يتوهّم: أنّه بعد قيام الإجماع علىٰ عدم جواز الإعتداء بالمثل في الجملة يصير العام مجملاً، فلايجوز التمسّك به في الموارد المشكوكة.

لما تقرّر في محلّه من أنّ العام المخصّص بالمجمل مفهوماً، مردّد بين الأقلّ والأكثر لايخرج عن الحجّية بالنّسبة إلىٰ مورد الشكّ، هذا.

ولكنّ الإنصاف عمّن جانب الإعتساف، أنّ الالتزام بأنّ سلوك العلماء في باب التّغريمات علىٰ خلاف طريقة العرف، وأنّ إجماعهم عليه مخصِّصٌ للآية الشريفة مشكل، مع أنّ خروج القيميّات عن تحتها موجب لتخصيص الأكثر، مضافاً إلى انضمام بعض المثليات إليها لو لم يكن مماثلاً للتّالف في الماليّة.

فالّذي ينبغي أنْ يقال: إنّ للمثل في نظر أهل العرف مراتب:

قد يريدون من المثل المماثل من جميع الجهات والخصوصيّات.

وقد يريدون منه المماثل من جهة خاصّة.

وقد يريدون المماثلة في بعض الجهات، وذلك يختلف في المقامات، ففي مبحث التغريمات لو قالوا للتّالف: «عليك الخروج عن عهدة ما أتلفت باداء مثلها» يختلف نظرهم بالنّسبة إلى المقامات، من خصوصيّات الموارد في جهة المماثلة، بمعنى أنّ الملحوظ عندهم من جهة المماثلة قد يكون في بعض الموارد شيئاً ليس هذه الجهة ملحوظة عندهم في بعض أُخر، بل يلاحظون في هذه الموارد جهة أُخرىٰ مماثلاً للتّالف فيها، ولكنّ الملحوظ أوّلاً وبالذات عند قوله: «عليك مثل التّالف» انّما هو المماثل له من حيث الذّات والخصوصيّات من غير ملاحظة جهة الماليّة، وأمّا لو لم

---

١ ـ سورة البقرة: آية ١٩٤.

يوجد له مثلٌ من هذه الجهة أصلاً، أو لم يُعلم له مثل كذلك، لعدم انضباط أوصافه وخصوصيّاته، فالملحوظ عندهم هي المماثلة وجهة الماليّة، مثلاً لو أتلف شخص منّاً من شعير كان لزيد يقولون عليه ردّ شعيره ولا يقولون أدّ قيمته، ولو قالوا له «ادّ قيمته» إنْ امتنع المتلف عن ذلك، وقال «ما أُءدّي إلّا مثله من الشّعير» لا يذمّونه، بل لو قال المالك ما أُريد إلّا القيمة يلومونه، ويقولون له خذ مالك ولا يلاحظون في هذه الموارد المتساوية الأبعاض، أعني أبعاض نوعه أو صنفه جهة الماليّة أصلاً، ولذا قيل لو سقط المثل عن الماليّة في المثلي كالثلج في الشّتاء والماء على الشّاطئ لم ينتقل إلى القيمة.

ولكن هذه الصّورة لا تخلو عن تأمّل، لأنّ مبنى التضمينات والغرامات على الخسارة والتّدارك، فلابدّ من ملاحظة جهة الماليّة فيها في الجملة، وما ذكرنا من عدم ملحوظيّة جهة الماليّة نعني به عدم ملحوظيّته من حيث المماثلة لا عدم ملحوظيّته أصلاً.

والحاصل: إلزام العرف في هذه الموارد إنّما هو باداء المماثل من حيث الذّات والخصوصيّات، سواء ماثله في القيمة أم لا.

وامّا ما لم يكن افراد نوعه أو صنفه متساوية، فبعد ملاحظة العرف عدم المساوات فيما بين الأفراد، يحكمون بأنّ الخروج عن العهدة في هذه الموارد إنّما يكون بدفع القيمة، فالملحوظ في هذه الموارد هو المماثلة من جهة الماليّة دون الماهيّة والخصوصيّات، مثلاً لو أتلف بغلاً أو حماراً أو فرساً أو بقراً، فعند تغريمه يقولون «ادِّ قيمته» فلو امتنع المالك عن أخذ القيمة وقال: «ما آخذها ولا أُريد إلّا مثل مالي من هذا النّوع» لذمّوه.

وبالجملة: كلّ مورد كان للتّالف مثلٌ بملاحظة ذاته وخصوصيّاته، بحيث لايكون بينهما امتياز إلّا باعتبار تعدّد وجوديهما، أو بعض الخصوصيّات الغير الملحوظة، فبذله بحكم العرف خروجاً عن عهدته متعيّن، وكلّ مورد ليس كذلك

فاداء القيمة عندهم حينئذٍ هو المتعيّن، إذ بها يطمئن نفس المالك والضّامن دون غيرها، فالملحوظ حينئذٍ هي المماثلة من جهة الماليّة.

وبما ذكرنا ينطبق تعريف المشهور، ولا ريب أنّ كلّ العلماء ناظر إلى هذا المطلب، غاية الأمر في بعض العبائر قصوراً عن التأدية، ففي الحقيقة الكلّ مطبقون على المدّعىٰ، ولذا يناقشون في بعض التّعاريف بطرده وعكسه، ولا يعدّون كلّ تعريف منها قولاً مستقلّاً مغايراً للقول الآخر، ولا يقولون انّ الأقوال فيها كذا أو كذا.

إذا عرفت ذلك، علمت أنّ الآية الشّريفة أيضاً منطبقة عليه، وأنّ المراد بالمثل قد يكون المماثلة من جهة المهية والخصوصيّات كما في المثليّات، وقد يكون المماثلة في الماليّة كما في القيميّات، فلايتوهّم أنّه يلزم علىٰ ما ذكرنا استعمال لفظ المِثْل في معنيين، إذ المراد من المماثلة واحد، وإنّما التعدّد في جهتها، ولأجل ما ذكرناه ترىٰ العلماء كالشيخ ﷺ في «المبسوط» يستدلّون بها لإثبات الضّمان المثل في المثلي والقيمة في القيمي، فَشَكر الله سعيهم، وجزاهم عن أهل الإيمان خير الجزاء.

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّه لا منافاة بين العرف والآية وطريقة العلماء رضوان الله عليهم.

بقي هنا شيء، وهو التنبيه علىٰ بعض المصاديق الجزئيّة الّتي يستشكل في كونها مثليّاً أو قيميّاً، كالثّوب والكتب المنطبعة والدّرهم والدّينار وغير ذلك.

أمّا الثّوب: فما كان منها معمولاً لأجل الّلباس، أعني محيطاً كالعباء والقميص والأزار وما شابهها ممّا ليس لها أوصاف منضبطة وأمثال خاصّة في نوعه علىٰ نحو ما قلنا فلاريب في كونه قيميّاً.

وامّا ما ليس منها كذلك، بل له أوصاف منضبطة، وأفراد صنفه كلّها متساوية، كأجناس البزّازين بعضها مع بعض من صنفه التي هي من شغل شخص واحد وانطباع كذلك، الظّاهر كونه مثليّاً، كما هو الظّاهر في الكتب المنطبعة، وما ذكرناه

مضافاً إلى أنّه يظهر من طريقة العرف ويشمله تعريفاتهم، يستفاد من الخبر الوارد في حكم الدّراهم المسكوكة التي أسقطها السّلطان، من أنّ الثّابت علىٰ ذمّة من أقرضه دراهم وأسقطها السّلطان وروّج غيرها على الدّراهم هي الأولى لا قيمتها، وبعد ملاحظة الخبر وطريقة العرف وصدق تعريف المثلي علىٰ الدّراهم، لا وجه للتّرديد في كونها مثليّاً.

ومع ذلك نقول: إنّ جوهر الدّراهم والدّنانير، أعني ذات الذّهب والفضّة لا خفاء في كونها مثليّاً، ومناقشة بعض فيها كما في الحديد والنّحاس والرّصاص لا وجه لها، وامّا المصوغ منهما، أعني عمل اليد فيهما فهو أيضاً مثلي، كما يدلّ عليه الخبر، مع أنّ العرف أيضاً حاكم به، والثّوب والكتب أيضاً لأنّ القطن الظاهر أنّه لا خفاء في كونه مثليّاً، وعمل اليد فيها أيضاً غير موجب لصيرورتها كذلك بعد كون الأعمال فيها مضبوطة معيّنة.

وأنت بعد التأمّل فيما ذكرنا، والتدبّر فيه حقّ التدبّر، تقدر علىٰ معرفة كثير من الموارد المشتبهة بعد تطبيقها على العرف، وإنْ بقي بعد ذلك شيء فلابدّ فيه من الرّجوع إلىٰ مقتضى الأصل المذكور، والله هو العالم بحقايق الأُمور.

❊ ❊ ❊

وممّا يتفرّع على المسألة السابقة: أنّه ذكر في «القواعد»: «أنّه لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشّراء تردّد» انتهىٰ.

أقول: كثرة الثّمن امّا لزيادة القيمة السوقيّة للمثل بأن صار قيمته أضعاف قيمة التّالف يوم تلفه، والظّاهر أنّه لا إشكال في وجوب الشّراء، ولا خلاف كما صرّح به في «الخلاف» علىٰ ما حُكي، ووجهه عموم النّص والفتوىٰ بوجوب المثل في المثلي، ويؤيّده فحوىٰ حكمهم بأنّ تنزّل قيمة المثل حين الدّفع عن يوم التّلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربّما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدّفع عن الماليّة، وقد عرفت ما فيه، ولكن هذا القسم بحسب الظّاهر ليس مشمول كلام

العلّامة ﷺ، لأنّ الثّمن في هذه الصّورة ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، وإنّما زاد علىٰ ثمن التّالف يوم التّلف وبعد انتقال المثل إلىٰ ذمّة الضّامن، فالزّائد إنّما وقع في قيمة ما ملكه في ذمّته.

ولا يتوهّم: أنّ إلزام الضّامن بدفع ما يزيد عن قيمة التّالف ضررٌ عليه، لأنّ أداء الحقّ إلىٰ ذي الحقّ ليس ضرراً، والمفروض أنّ المثل ملكه علىٰ عهدته، فيجب ردّه بأيّ ثمن كان قيمته، وامّا لعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه النّاس مع وصف الأعواز بحيث يُعدُّ بذل مالكه ما يريد بازائه ضرراً عرفاً، والظّاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة «القواعد»، لأنّه ممّا يمكن أن يتردّد فيه، بل الجزم بوجوب دفع المثل حينئذٍ دون القيمة مشكلٌ، لأنّ الزامه علىٰ تعيين الكلّي الّذي في ذمّته في ضمن هذا الشّخص ضرر عليه، وأدلّة نفي الضّرر تنفيه.

ولا يتوهّم: أنّ مقتضىٰ عموم تسلّط النّاس على أموالهم جواز إلزام المالك إيّاه بدفع ما في ذمّته من حقّه، وعدم رضائه ببقائه فيها، أو انتقاله إلى القيمة لحكومة أدلّة الضّرر عليه كما بُيّن في محلّه.

إلّا أن يقال: انّ منع المالك عن حقّه، أعني المِلْك ضررٌ عليه، فيتعارض الضّرران، فيبقى الأصل المحكوم سليماً عن المعارض ويُرجع إليه.

ويدفعه: أنّ منع المالك عن المثل انّما يكون ضرراً لو لم نقل بوجوب دفع القيمة، بل قلنا بجواز تأخير الحقّ إلىٰ زمان تمكّن تحصيله بقيمته السوقيّة، إذ لا شبهة في أنّ تأخيره وبقائه علىٰ ذمّته الموجب لحرمان المالك عن حقّه، بحيثُ لا يتمكّن من الانتفاع ضررٌ عليه، فيتعارض الضرران حينئذٍ، ويبقىٰ دليل السّلطنة سليماً.

وامّا لو قلنا: بوجوب دفع قيمة المثل، فلا ضرر حينئذٍ، للزوم مساواتها له في الماليّة، وبعد كونهما متساويين فلا ضرر عند العرف في تبدّل أحدهما بالآخر، وانتفاء بعض الخصوصيّات الّتي لا يكون في مقابلها مالٌ كحبّه إليه وكونه لذيذاً إلىٰ غير ذلك من الخصوصيات الموجبة لميل المالك إليه، وعدم رضائه بالقيمة،

لايوجب صدق اسم الضّرر عليه، وحينئذٍ ليس في دفع القيمة إلّا تبدّل حقّه من المثل إلى القيمة من دون رضاه، وهذا منافٍ لسلطنته، ولكنّه لا محذور فيه بعد حكومة أدلّة الضّرر عليها.

إن قلت: تبدّله من دون رضاه تصرّف في سلطانه، ومنعٌ عن تصرّفه في ملكه، وهذا ضرر عليه.

قلت: انّ مطلق المنع عن التصرّف ضررٌ ممنوعٌ، إذ رُبّ منعٍ لايُعدُّ عند العرف ضرراً، كما إذا أراد المالك أن يتصرّف في ملكه تصرّفاً لغواً، كوضع شيء في ملكه من مكان إلى مكان آخر من دون أن يتعلّق به غرض مُعتدٌّ به، فمنعه شخصٌ آخر لايقولون انّه ضرّه.

نعم، يمكن أن يلتزم بأنّ البذل بالقيمة قد يكون ضرراً، كما إذا كان المثل من حيث هو ذا منفعة كثيرة، وكان في تحصيله كلفة زائدة، وكان في نفسه مطلوباً مقصوداً بحيث لا يلاحظون القيمة قبالاً له.

وبالجملة: الأمر يدور مدار صدق الضّرر، ففي كلّ مورد لايكون كذلك لابدّ فيها من العمل علىٰ طبق قاعدة نفي الضّرر.

وكيف كان فللتردّد في المسألة كما في «القواعد» مجالٌ، والله العالم بحقيقة الحال.

ومن الأُمور المتفرّعة عليها أيضاً: أنّه لو تعذّر المثل في المثلي فهل ينتقل المثل الّذي كان في ذمّة الضّامن إلى القيمة، أم يبقى المثل علىٰ عهدته حين الإعواز أيضاً؟

وعلىٰ فرض البقاء هل للمالك مطالبة قيمته أم لا؟

وعلىٰ فرض عدم المطالبة هل للضّامن إلزامه بقبول القيمة أم لا؟

ومعلوم أنّه لا إشكال في جواز مطالبة المالك، وكذا إلزام الضّامن بقبول القيمة لو قلنا بانتقاله إليها عند التعذّر، لصيرورتها حقّاً له حينئذٍ، فله مطالبتها، وكذا للضّامن إلزامه بقبول القيمة لتحصيل فراغ ذمّته عن حقّه، وانّما يتوجّه الإشكال لو

قلنا ببقائه على العُهدة في أنّه هل للمالك مطالبة قيمة ماله عند تعذّر أصله أم لا؟ وكذا في أنّه هل للضّامن إلزام المالك بقبول القيمة لتفريغ ذمّته أم لا؟ وكيف كان فالمهمّ أوّلاً ملاحظة مدرك القولين والبحث عنه حتّىٰ يتّضح حقيقة الحال.

فنقول: إنّ الّلازم أوّلاً ملاحظة حال العرف والآية، فان ساعد منهما واحداً من القولين فهو المتّبع، لما عرفت أنّ مقتضى إطلاقات الضّمان إيكال الأمر إلى العرف، وإلّا فان وافق واحداً منهما أصلٌ متّبع في المقام، كاستصحاب بقاء وجوب المثل، أو غير ذلك فهو، وإلّا فيعمل علىٰ ما يقتضيه القاعدة.

وكيفيّة ملاحظة حال العرف بأن يُلاحظه أنّ دفع القيمة عند تعذّر المثل عندهم هل هو بعنوان كونه قيمة للمثل وبدلاً عنه، أو لأجل كونه مِثْلاً للتّالف في الماليّة وبدلاً عنه لا عن المثل؟

توضيحه: أنّ الّلازم أوّلاً إحراز أنّ دفع القيمة عند التعذّر في نظر العرف هل هو لحكمهم في بدو الأمر بأنّ الخروج عن العهدة في المثليّات ببذل المثل إنْ أمكن، وإلّا فبدفع القيمة؟ بمعنىٰ أنّ الملحوظ أوّلاً وبالذّات هو ملاحظة المماثلة من حيث الذّات والخصوصيّات، وعند تعذّر المثل بهذا النّحو يلاحظون المماثلة من جهة الماليّة كما في القيميّات؟ وقد عرفت انّ حكمهم بها فيها لأجل ذلك، وعلىٰ هذا فيكون للشّيء الواحد أمثال، غاية الأمر أنّها علىٰ نحو الترتّب، فعند تعذّر أحدها يتعيّن الآخر، لكون ادائه خروجاً عن العهدة من غير انتقال المثل الأوّل إليه، بل هو في عرض المثل الأوّل في كونه بدلاً للتّالف، أو لأجل أنّ الخروج عن العهدة فيها منحصرٌ ببذل المماثل من حيث الذّات لا غير. غاية الأمر أنّه عند تعذّر المثل لابدّ أن يخرج عن عهدة المثل لا التّالف، فالقيمة عندهم قيمة المثل لا قيمة التّالف.

ولا يخفىٰ أنّ إحراز كون دفع القيمة عند العرف في حال التعذّر هل هي لكونها مماثلاً للتّالف في جهة الماليّة، وأنّها أقرب الأشياء إليه بعد تعذّر المثل من حيث الذّات والخصوصيّات، أو لأجل بدليّتها عن المثل من غير ملاحظة الأصل؟ مشكلٌ.

ولكنّ الإنصاف أنّ التأمّل الصّادق، والمراجعة إلى الوجدان الصّافي عن كدورات الشّبهات في فهم طريقتهم، يَشهد بأنّ دفع القيمة لأجل تعذّر المثل، لا من جهة مماثلتها للأصل، فلاتكون في عرض المثل من ملحوظيّتها مع الأصل، بل نسبتها إليه كنسبته إلى الأصل.

وتقريب ذلك بأن يقال: إنّ الملحوظ عندهم في المثليّات ليس إلّا المماثلة الذاتيّة، سواء تعذّر عن الاداء أم لم يتعذّر، غاية الأمر أنّه في صورة التعذّر وعدم التمكّن من اداء حقّه الواقعي، أعني المثل، لمّا كان التقيّد باداء أصل الحقّ مستلزماً لصيرورة مال المالك هَدْراً، يحكمون بلزوم دفع القيمة جبراناً لضرره، فعلى هذا المِثْلُ ثابتٌ في العهدة مطلقاً حتّىٰ يؤدّي، إلّا أنّ القيمة مسقطة في صورة التعذّر، لا أنّه ينقلب إليها في هذا الحال، وهذا هو الموافق لما عليه المشهور من بقائه على العهدة بخصوصه حين الأعواز، وأنّه لا ينقلب إليها، وهذا بخلاف ما لو قلنا بكونها في عرضه من جهة المماثلة في الماليّة، فانّه ينقلب إليها حينئذ، ولايخفىٰ أنّ التّعبير بالإنقلاب في هذه المقامات مسامحة، إذ المراد بالإنقلاب إلى القيمة أن يقال إنّ الثّابت في الذمّة بعد التّلف هو أمرٌ كلّي يصدق على المثلي في صورة التمكّن، وعلى القيمة في صورة التعذّر، وهو عنوان الأقربيّة إلى التّالف، فمرادنا بالإنقلاب أنّه بعد تعذّر المثل، وعدم تحقّق الأقربية في ضمنه، يتحقّق الأقربية في ضمن القيمة، لا أنّ ذات المثل ينقلب إلى القيمة. وكذا مرادنا بعدم الإنتقال هو بقاء المثل في الذمّة حين التعذّر، وذلك لأجل الإلتزام بأنّ الثّابت على العهدة بعد التّلف خصوص المثل في المثلي دون الجامع.

وامّا التكلّم في الآية بأن يقال انّا قد ذكرنا أنّ المراد بالمثل في الآية ـ بحسب الظّاهر ـ ما يماثلُ المتعدّىٰ به في الذّات والخصوصيّات إنْ تحقّق، وإلّا فالملحوظ هو المماثلة من جهة الماليّة، فمعناه الجامع بين المثل والقيمة، نظير الأقربيّة إلى التّالف، فمعنى الآية هو ترخيص الإعتداء بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي، وذلك يستلزم

اشتغال ذمّته بالمثل في المثلي والقيمة بالقيمي، وإلّا لما جاز التّرخيص المذكور، لكونه اعتداء بغير استحقاق، وهذا ظاهرٌ.

وحينئذٍ نقول: إنّا إنْ بنينا على أنّ الملحوظ في المثليّات ـ كالحنطة والشّعير مثلاً ـ ليس في نظر العرف إلّا المماثلة من حيث الذّات والخصوصيّات، سواء تعذّر عن اداء المثل بهذا المعنىٰ أو تمكّن، علىٰ نحو ما عرفته فيما سبق، وليس لها مثل آخر في نظر العرف، فلا يلاحظون المماثلة الماليّة فيها أصلاً، يكون مقتضى الآية علىٰ هذا إثبات اشتغال ذمّة المعتدي بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي بعد اعتدائه، فمقتضاه بقاء المثل على الذمّة إلىٰ زمان ادائه، فدفع القيمة علىٰ هذا انّما يكون بدلاً عن المثل، لا لأجل مماثلته للتّالف في الماليّة، إذ المفروض عدم ملحوظيّة هذه المماثلة في المثليّات.

وإنْ بنينا على أنّ الجهتين في المثليّات ملحوظتان في نظرهم علىٰ نحو الترتّب، بمعنى أنّ نظرهم في ذلك على الأقربيّة إلى الواقع، فيكون الملحوظ أوّلاً في كلّ مثليّ هو المماثلة الذاتيّة، وبعد تعذّره المماثلة في الماليّة، فعلىٰ هذا يتعدّد المثل بالنّسبة إلى مثليّ واحد، فمثله في صورة التمكّن شيءٌ وهو المثل، وفي صورة التعذّر شيء آخر وهو القيمة. أمكن أن يقال انّها تدلّ على اشتغال الذمّة بالمثل، وهو يختلف بالنّسبة إلى الحالتين، ففي حالة التعذّر يشتغل الذمّة بالقيمة، لأنّها مثلٌ للتّالف حينئذٍ.

ولكنّه يشكل، بدعوى انصراف اشتغال الذمّة بما هو مثلٌ في حال الاعتداء، ولا يدلّ علىٰ جواز الإعتداء بكل مِثْل ولو لم يكن مثلاً له في حال الاعتداء.

بيان ذلك: أنّه لو قيل «اعط زيداً مثل ثوب أمثاله لو جائك»، فجائه في اليوم الّذي أمره بذلك، يستحقّ منه ثوب أمثاله في ذلك اليوم، فلو أخّر الامتثال إلى سنة مثلاً، وصار زيد غنيّاً بحيث صار ثوب أمثاله في هذه السّنة مضاعفاً بحسب القيمة من ثوب أمثاله في السنة السّابقة، فلا شبهة أنّه لو أعطاه، ما هو مثل ثوب أمثاله في السّنة لأطاعه ولا يراعي المماثلة حين الإعطاء، وكذا فيما نحن فيه فلو قيل «من

أتلف مال الغير فعليه مثله» ينصرف المماثلة إلى المماثلة حين الإتلاف، لا ما يصير مماثلاً في غير هذا الحال.

وكيف كان، فلا تدلّ الآية على إثبات القيمة في الذمّة في صورة التعذّر، نعم يمكن إثباته بهذا التّقريب لو كان التعذّر مقارناً للاعتداء بحيث يكون القيمة مِثْلاً في ذلك الزمان، فتأمّل.

فتلخّص من جميع ما ذكرناه: أنّ مقتضى العرف والآية الشّريفة ـ علىٰ ما استظهرناه ـ بقاء المثل على الذمّة في حال التعذّر، وأنّ القيمة مسقط له عن الذمّة وبدل عنه. وقد عرفت أنّ هذا موافق لما عليه المشهور.

فانّ تمّ شيء ممّا استظهرناه يصلح ذلك للقول بمقالتهم، لما عرفت من أنّ مقتضى إطلاقات الضّمان وعدم البيان، إيكال الأمر إلى العرف، بل قد عرفت كفاية عدم الوصول في الحكم بالإيكال.

ثمّ لو بنينا علىٰ عدم تماميّته، فهل يساعد علىٰ هذا القول استصحاب بقاء المثل على الذمّة، كما تمسّك به بعض أم لا؟

الظّاهر العدم، للشكّ في أنّ الموضوع الثّابت في الذمّة هل هو خصوص المثل فيبقى بعد التعذّر، أو الجامع بينه وبين القيمة، فيكون ثبوت المثل في زمان التمكّن لأجل كونه مصداقاً لذلك الجامع، وبعد التعذّر يتحقّق ذلك في ضمن القيمة، وعلى هذا فلايجري الاستصحاب، لعدم إحراز الموضوع؟

نعم لو بنينا علىٰ حُجّية الاستصحاب مطلقاً، حتّىٰ في الشكّ في المقتضي، لكان له وجه، وقد بيّنا فساده في محلّه.

إذا عرفت ما ذكرناه فلنرجع إلى حكم المسألة.

فنقول: قال شيخ مشايخنا قدّس الله نفسه الزكية في مكاسبه:

«لو تعذّر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع

مطالبة المالك، لأنّ منع المالك ظلمٌ، وإلزام الضامن بالمثل منفيّ بـالتعذّر، فوجب القيمة جمعاً بين الحقّين، مضافاً إلى قوله تعالىٰ ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيه بِمِثْلِ مَا اعْتَدىٰ عَلَيْكُم﴾ فانّ الضّامن إذا اُلزم بالقيمة [مع تعذر المثل] لم يعتد عليه أزيد ممّا اعتدىٰ»[1] انتهىٰ.

هذا في صورة مطالبة المالك ولكنّه بظاهره مشكل علىٰ سبيل الإطلاق، حتّىٰ في صورة التعذّر عن ادائه عاجلاً، والتمكّن من ادائه فـيما بـعد، مـع أنّ الإطـلاق يشمله ـ بناء علىٰ ما بنينا عليه من بقاء المثل في الذمة ـ لأنّ حـقّه حـينئذٍ تـعلّق بخصوص المثل، وليس منع المالك عنه ظلماً وضرراً عليه من قبل الضّامن حـتّىٰ ينفيه أدلّة الضّرر، بل هو مستند إلىٰ تقدير سماويّ، ورفع سلطنة المالك عن القيمة وصيرورتها بدلاً عن المثل قهراً يحتاج إلىٰ دليل، ولا يكفي دليلاً عليه حكومة أدلّة نفي الضّرر، لأنّها إنّما تكون كذلك لو استند الضّرر إلىٰ حكـم الشّـارع، وليس في المقام كذلك، بل هو لأجل امتناع التصرّف، وإيجاده في الخارج، وهذا نظير ما لو كان لشخص متاعٌ في مكان يمنع تصرّفه فيه، بل هو بعينه كذلك، لثبوت حقّه أعني المثل في ذمّة الضّامن، وهو متعذّر عن تسليمه وتسليطه عليه.

ولكن الإشكال: لايجري في صورة لم يترقّب حصوله فيما بعد، بل هو مختصّ بصورة التمكّن عن ادائه فيما بعد ذلك الزّمان، ولو بمضيّ سنة أو أزيد.

ووجهه: أنّه يصدق على الضّامن في الصّورة الاُولى الّتي يعلم بعدم تمكّنه عن اداء المثل عادة، أنّه أكل مال الغير بالباطل، إذ يصدق عليه أنّه أكل المثل، كما انّه يصدق على أنّه أكل الأصل، فيجبُ الخروج عن عهدته، وليس فيه إلّا بدفع القيمة، كما أنّه في الأصل يدفع المثل، إذ المثل بعد تعذّره لا يلاحظ إلّا من جهة الماليّة.

وامّا في صورة التأخير فلا يصدق عليه، إلّا أنّه تأخّر اداء حقّه لعذر، ومعلوم

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٠٧ سطر ١٥.

أنّ المفروض عدم إمكان الاداء قبل ذلك الزّمان، وأنّه لا ينتقل إلى القيمة حينئذٍ، فالزام الضّامن بالقيمة ليس جمعاً بين الحقّين، بل هو ظلمٌ على الضّامن من غير استحقاق المالك، لما عرفت مراراً من أنّ حقّه تعلّق علىٰ خصوص المثل، فلا استحقاق بالنّسبة إلى القيمة.

وامّا استحقاقه بالنّسبة إليها في الصورة الأُولىٰ، فلما عرفت من صدق أكل المثل بالباطل بخلافه هنا.

ويمكن أن يقال في دفع الإشكال: باختلاف مراتب الأداء في نظر أهل العرف، بمعنى أنّ نفس المثل وان كان باقياً على عهدته في صورة التعذّر، إلّا أنّ ادائه في هذه الصّورة عندهم مغاير لادائه في صورة التمكّن، لأنّ ادائه في صورة التمكّن عبارة عن دفع نفس المثل بخصوصه إليه، ولكنّه في صورة التعذّر ليس إلّا اداء ماليّته.

وبعبارة أُخرىٰ: أنّهم في حال التمكّن يحكمون بأنّ ادائه عبارة عن دفع المال المتقوّم بهذه الخصوصيّات إليه، وبعد التعذّر عن تلك الخصوصيّات لايكون الاداء عندهم إلّا دفع المال، من غير ملاحظة الخصوصيّات، ومعلوم أنّ الملحوظ من جهة الماليّة الملغى فيه الخصوصيّات عندهم هو الدّرهم والدّينار مثلاً، أعني القيمة، فادائه في صورة التعذّر دفع قيمته، فلاينافي وجوب دفع القيمة مع بقاء المثل في العُهدة كما في القرض، إذ لا شبهة أنّ الثّابت في القرض على الذمّة ليس إلّا خصوص المثل فيجب فيه دفع المثل بخصوصه في صورة التمكّن، وامّا في صورة التعذّر فلايجب إلّا دفع القيمة، وليس دفع القيمة حينئذٍ عند العرف مسقطاً لما يثبت في الذمّة، أو لأجل انقلاب ما في ذمّته عندهم، بل لكونها اداء له في هذه الحالة كما لايخفىٰ.

فلايتوهّم: أنّه يلزم علىٰ ما ذكرنا جواز مطالبة المالك القيمة في صورة التمكّن، بالغاء الخصوصيّة ورفع اليد عنه، فليس للضّامن الامتناع عنها لكونها، حقّاً له بعد الغائه الخصوصيّة، لأنّا قد ذكرنا أنّ دفع القيمة في صورة التمكّن ليس اداء للمثل عند

العرف، وانّما هي اداء في صورة التعذّر، وليس الواجب على الضّامن إلّا اداء حقّه، وذلك نظير امتثال الأوامر، إذ قد يكون الامتثال في صورة التعذّر علىٰ نحو لا يكون ذلك امتثالاً في صورة التمكّن، فعلىٰ هذا يجوز للمالك مطالبته بدفع القيمة عند الاعواز، لانحصار حقّه بها حينئذٍ، وليس له الامتناع عنه بعد فرض كونه اداءً لحقّه، ويستقيم التمسّك عليه حينئذٍ بأدلّة نفي الضرر[1]، لأنّ تأخيره عن المطالبة ضررٌ على المالك، والمفروض أنّها حقّه فينفيه أدلّة نفي الضرر.

ثمّ لا يذهب عليك انّا قد استظهرنا من الآية ـ نظير العرف ـ من أنّها لا تدلّ إلّا على التّرخيص في الإعتداء بخصوص المثل فيما له مثل، ويستلزم ذلك اشتغال ذمّة المعتدي به خاصّة، وكذا التّرخيص في الاعتداء بالقيمة في القيمي، لكونها أقرب إلى التّالف من غيرها لمماثلتها له في الماليّة، كما أنّ المثل في المثلي أقرب إليه من حيث الذّات والخصوصيّات، ولا إطلاق لها بالنّسبة إلى ما بعد زمان إثبات المثل والقيمة، فعلى هذا يشكل التمسّك بها لإثبات جواز مطالبة المالك كما لا يخفىٰ.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أعني من بقاء المثل على الذمّة بعد الاعواز، وأنّ دفع القيمة اداء له عند التعذّر وبدلٌ عنه في هذا الحال، أنّ العبرة بقيمة المثل حين الدّفع، إذ لا يعقل أن يكون اداء قيمة شيء آخر اداء لماليّة المثل، فظهر بذلك ضعف غيره من الاحتمالات المذكورة في المسألة، وحاصل جميعها أنّه:

امّا أن نقول: باستقرار المثل في الذمّة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، وهو الذي اخترناه تبعاً للأكثر علىٰ ما حكي عنهم من اعتبار القيمة يوم الاقباض.

وامّا أن نقول: بصيرورته قيميّاً عند الأعواز، فاذا صار كذلك:

فامّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذمّة قيميّ، فيكون القيميّة صفة للمثل، بمعنى أنّه لو تلف وجب قيمته، وتلفه عبارة عن اعوازه وعدم التمكّن من تسليط

---

١ ـ ومقتضى كونها من مراتب الاداء، جواز الزام الضّامن بقبوله القيمة، ويحصل فراغ ذمّته كما هو كذلك في القيمي، فتأمّل (منه رحمه الله).

المالك علىٰ عين حقّه الذي هو عبارة عن عين ماله وما يماثله في الخصوصيّات، فوجود المثل حينئذٍ بمنزلة بقاء العين في القيمي.

والحاصل: أنّ كلّ فرد من أفراد المثليّات مثليٌّ، بمعنى أنّه لو تلف هذا الفرد وجب مثله، ووجوب المثل عبارة عن انتقال الحقّ عن خصوص الفرد التّالف إلى الكلّي بالغاء الخصوصيّة، فوجب إيجاده في ضمن فرد من الأفراد اداءً للحقّ، وهذا الكلّي قيميٌّ، بمعنىٰ أنّه بعد صيرورته ملكاً للمالك في ذمّة الضّامن لو تلف هذا الكلّي، وقد عرفت أنّ تلفه عبارة عن اعوازه، وعدم قابليّته لتسليط المالك يجب قيمته، إذ لا مثل للكلّي، وصيرورة الكلّي قيميّاً ليس لأجل التعذّر، بل هو كذلك دائماً، غاية الأمر أنّه في صورة التمكّن لا يصدق التلف، فيكون بمنزلة وجود العين في القيمي، فافهم.

وامّا أن نقول: إنّ التّالف انقلب قيميّاً.

أو نقول: انّ الجامع بين العين والمثل قيميّ، بمعنى أنّ الذمّة اشتغلت بردّه بعد غصب العين، وهو أن يتحقّق بردّ العين، أو بردّ المثل، مثلاً لو غصب منّاً من الحنطة ضِمن كليّاً يتحقّق في ضمن هذا الفرد، أو في ضمن أمثاله من الأفراد اشتغلت ذمّته به، فيجب ردّ ذلك الجامع، أعني مطلق الحنطة الّذي يشمل الّلابشرط منها، وما هو بشرط لا، بحيثُ لا ينافي الإلتزام بلزوم ردّ العين ما دام باقياً، وذلك ما دام متمكّناً من الرّد، ولكنّه يجب أوّلاً ردّ الفرد الّذي هو ماله، فان تعذّر عنه يجب ردّه بإيجاده في ضمن فرد آخر، ومعنى ضمانه أنّه لو تلف لوجب عليه الخروج عن عهدته، وقد عرفت مراراً أنّ تلفه عدم قابليّته لتحقّقه في ضمن الأفراد في الخارج لأجل الأعواز، وخروجه عن العهدة إنّما يتحقّق ببذل القيمة إذ لا مثل للجامع في الخارج، وما وجد منها فهو مصداقه لا مثله.

وملخّص ما ذكرنا اما أن نقول: بأنّ المثل قيميّ، أو التّالف قيميّ عند التعذّر،

أو الجامع، وعلىٰ كلّ تقدير امّا أن نقول بأنّ العبرة في القيمي بقيمة يوم الغصب، أو قيمة يوم التلف، أو أعلى القيم، فهذه تسعة احتمالات كلّها على القول بصيرورته قيميّاً، فاذا انضمّ إليها ما اخترناه سابقاً من بقاء المثل على الذمّة تصير الاحتمالات عشرة كاملة، ولكنّه يتطرّق حينئذٍ احتمال آخر وهو اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم دفع المثل.

ولكنّه لايخفىٰ أنّ بعضها يتصادق مع بعض في القيمة المعتبرة، لأنّ مرجع اعتبار قيمته يوم تلف العين، واعتبارها في يوم غصب المثل الّذي هو عبارة عن مجيئه في الذمّة إلى أمر واحد وهو الاعتبار بقيمة يوم الضّمان بالمثل.

إلّا أن يقال: إنّ اعواز المثل في المثلي بمنزلة تلف العين في القيمي، لأنّ المناط قيمة يوم الإنتقال إلى القيمة وهو يوم اعواز المثل، وحينئذٍ يتّحد هذا أيضاً مع كون القيمة وصفاً للمثل، وكون الاعتبار فيه بقيمته يوم التّلف، لأنّ تلف المثل أيضاً اعوازه، فليس هذا الاحتمال اعتباراً مغايراً لهذين الاعتبارين، ولذا لو قلنا بأنّ الاعتبار بقيمة يوم الغصب لا يتفاوت الحال في اعتبار قيمة يوم الغصب بصيرورة التّالف قيميّاً، أو بأنّ الجامع قيمي، لاتّحاد زمان الغصب فيهما، وكذا لا يختلف الأمر لو قلنا بأنّ المعتبر يوم التّلف، سواء قلنا بأنّ المثل قيميّ أو الجامع قيميّ، لأنّ تلف كلّ منهما عبارة عن اعواز المثل، بل المتّجه اعتبار قيمة يوم الاعواز لو قلنا بصيرورة التّالف قيميّاً، لما عرفت وجود المثل في المثلي بمنزلة بقاء العين في القيمي، فعلىٰ هذا يتصادق الاحتمالات الثلاثة في الاعتبار بقيمة يوم الاعواز فيرجع الاحتمالات التّسعة المذكورة إلى ستّة:

أحدها: الاعتبار بقيمة يوم غصب العين.

ثانيها: الاعتبار بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم تلف العين.

ثالثها: الاعتبار بقيمة زمان الضّمان بالمثل.

رابعها: الاعتبار بأعلى القيم من حين زمان المثل إلى يوم اعوازه.

خامسها: الاعتبار بقيمة يوم الاعواز.

سادسها: الاعتبار من يوم الغصب إلى يوم اعواز المثل.

ولأجل ما ذكرناه لم يذكر شيخ مشايخنا (قدّس الله روحه) في مكاسبه علىٰ فرض صيرورته قيميّاً إلّا هذه الاحتمالات الستّة.

ويمكن أن يناقش فيه أيضاً: بإرجاع الاحتمال الثاني، أعني الاعتبار بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التّلف إلى الاحتمال السّادس، أعني الاعتبار بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الأعواز، لما ذكرهﷺ فيما بعد من أنّه لو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من زمان الغصب إلى حين التّلف كما عليه جماعة من القدماء توجّه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلىٰ زمان الأعواز، فيرجع الاحتمالات إلى خمسة[1].

ولكن لايخفى أنّ بعض هذه الاحتمالات ضعيف في الغاية، فلايجوز الرّكون إليه وأخذه مدركاً للحكم، مثل اعتبار أعلى القيم من زمان الضّمان إلى زمان التّلف، لأنّ مدرك هذا الاحتمال هو الالتزام بضمان ارتفاع القيمة من زمان اشتغال الذمّة بالمثل،

---

١ ـ **ويمكن أن يجاب عن المناقشة**: بانّ ما ذكرهﷺ ما هو مقتضى التّحقيق، ولاينفي هذا احتمال اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم تلف العين.

وبعبارة أُخرى إنّ اعتبار أعلى القيم من يوم الغصب إلىٰ يوم اعواز المثل احتمال مغاير لاحتمال أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم تلف العين بحسب الظّاهر، مع انّه يمكن القول به، غاية الأمر أنّه على خلاف التّحقيق.

ولا يتوهّم أن عدم ذكرهﷺ احتمال اعتبار قيمة يوم تلف العين لأجل تصادقه علىٰ قيمة يوم اعواز المثل، بقرينة قوله فيما بعد (فيما إذا قلنا بصيرورة المغصوب قيميّاً)، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجّه ما اختاره الحلّيﷺ وهو اعتبار تعذّر المثل علىٰ ما حكاه عنه سابقاً، لأنّ هذا الاحتمال علىٰ أيّ حال ليس احتمالاً مغايراً للاحتمالات السّابقة، ولو بحسب الصّورة، لأنّه بمقتضى التّحقيق يرجع إلى اعتبار قيمة يوم الاعواز، وبحسب الظّاهر مصادق مع احتمال اعتبار قيمة يوم ضمان المثل، وكلاهما مذكوران في جملة الاحتمالات، فليس لعدّه احتمالاً مغايراً لها وجه بخلافه فيما نحن فيه، فافهم (منه رحمه الله).

لأنّ الضّامن في كلّ آنٍ علىٰ هذا القول يجب عليه الخروج عن عهدة ماليّة المثل فيشتغل ذمّته، بها وردّ المثل مسقط لما في الذمّة، وهذا المدرك بعينه موجود حين بقاء العين، لأنّ من قال بأعلى القيم في القيمي لابدّ من أن يقول إنّ إثبات اليد على ملك الغير موجب لاشتغال ذمّته بقيمته في كلّ آنٍ ما دام العين باقياً، ولكنّ الأعلى والأدون متداخلان، ففي آنٍ يضمن أعلى القيم أعني زيادة القيمة السّابقة، ونفس القيمة الّلاحقة، وردّ العين مسقط لما في الذمّة، ومن قال بهذه المقالة لايتفاوت الحال عنده بين أن يكون الملك قيميّاً أو مثليّاً، غاية الأمر انّ القيمة الثّابتة في الذمّة تسقط في المثلي امّا بردّ العين أو المثل، والتفرقة بين المثلي والقيمي، بأنّ القيمي لمّا كانت ماليّته ملحوظة في نظر العرف فيضمنها بخلاف المثلي إذ ليس الملحوظ فيه إلّا أوصافه الذّاتية فلايضمن القيمة فيه، وامّا نفس المثل فهو قيميٌّ لكونه كليّاً كما عرفت ممّا لا يبتغي الرّكون إليها، إذ المثلي والقيمي حين وجود العين كلاهما في نظر العرف، غاية الأمر أنّهم بعد تلف القيمي يلاحظون ماليّته لأجل التعذّر عن اداء المثل فيه، والقائل باعتبار أعلى القيم يقول بأنّه لابدّ أن يكون أعلاها لتفويته على المالك، وهذا يقتضي أن يكون في القيمي عند وجود العين باعتبار زائد في نظرهم.

نعم وجود المثل في المثلي بمنزلة بقاء العين في القيمي، فلابدّ أن يكون الملحوظ حين اعواز المثل أعلى القيم من حين غصب العين إلىٰ زمان اعواز المثل علىٰ هذا القول، لتفويته إيّاها على المالك.

وكيف كان، فلاينبغي التأمّل في أنّ الأنسب بناء على القول بالانقلاب والاعتبار بأعلى القيم الاعتبار بأعلاها من حين الغصب إلىٰ يوم الاعواز، وأنّ التفكيك بين بقاء العين وتلفها بالاعتبار فيما بعد التّلف في غاية الضّعف، كاحتمال اعتبار أعلاها من يوم التّلف إلىٰ زمان الدّفع، بناءً على بقاء المثل في الذمّة حين التعذّر، وكذا من يوم التعذّر إلىٰ يوم الدّفع، أو يوم المطالبة، وغير ذلك من الاحتمالات، ولأجل ذلك لم يذكرها شيخ مشايخنا ﷺ عند ذكر الاحتمالات ولم

نذكرها تبعاً له.

ومن الأُمور المتفرّعة: أنّه لو كان التّالف المبيع فاسداً قيميّاً، يجب قيمته، فقد حكي الاتّفاق علىٰ كونه مضموناً بالقيمة، وقد عرفت أنّه ممّا ينطبق عليه حكم العرف، ومقتضى اطلاقات الضّمان وكول الأمر إليه، فالمرجع حينئذٍ هو العرف، وقد تبيّن فيما تقدّم أنّ حكم العرف بلزوم دفع القيمة إنّما يكون في كلّ مورد كان للتّالف أوصاف باطنيّة خفيّة لا تُعرف غالباً مثل البغل والعبد وغير ذلك من القيميّات، واختفاء الأوصاف هو السرّ في الحكم باعتبار المالية فيها في الخروج عن عهدتها دون المماثلة الذاتيّة إذ هي غير مبيّنة.

فلايتوهّم: أنّه في البغل والعبد وكذا نظائره كثيراً ما يوجد الأمثال، إذ ربّما يوجد في مائة بغلة مثلاً أزيد من عشرة متساوية من حيث القيمة، فاللّازم أوّلاً دفع البغل المماثل للتّالف من حيث الذّات والماليّة، لأنّ الذّات من حيث خصوصيّاتها الذاتيّة غير مبيّنة، ومعلوميّتها إنّما يكون باعتبار ماليّتها لا باعتبار خصوصيّتها الشخصيّة، والمعتبر فيها هو الخروج عن عهدة ماليّتها.

وامّا المماثلة الصوريّة الظّاهريّة، فلايكفي في الخروج عن العهدة، لعدم الأمن من الغرر، لكثرة اختلاف الأوصاف الخفيّة الغير المعلومة، فالأمر المنضبط فيها المماثلة في الماليّة فيها، ولو فرض كون دفع البغل المماثل للتّالف صورة وقيمة خروجاً عن عهدة التّالف عند العرف، فذلك أيضاً إنّما يكون لأجل كونه خروجاً عن عهدة ماليّته دون خصوصيّته، لعدم كون الخصوصيّة في مثاله ملحوظة، لما عرفت من عدم انضباطها حتّىٰ تكون مناطاً للحكم، فافهم.

ويدلّ عليه: الاعتداء أيضاً بالتّقريب المتقدّم، فهذا الحكم مع الغضّ عن الإجماع لا إشكال فيه. نعم قد يشكل في بعض المصاديق تميّز الصّغريات ومعرفة كونه مثليّاً أو قيميّاً مثل مسألة الكرباس والكتب المنطبعة ومسألة العبد إذا كان في الذمّة وغير ذلك من المصاديق، حيث أنّها في نظر العرف من المثليّات، لما عرفت أنّ

الملاك عندهم فيها ظهور الحال وعدم اشتمالها على الأوصاف الخفيّة، والمفروض أنّها كذلك، مع أنّ الظّاهر من المشهور خلافه.

ولكنّك قد عرفت فيما سبق أنّ الأقوىٰ في الأوّلين وكذا نظائرهما كونه مثليّاً، بل لا يبعد خروج هذه الأمثلة عن مورد كلام المشهور، حيث ذكروا أنّ الثّوب مثليّ إذ لا يبعد دعوىٰ انصراف الثّوب إلى المخاط منها وما يصلح لكونه ملبوساً فعلاً، لا مثل الكرباس وبعض المصنوعات الأُخر الّتي يماثل بعض منها بعض الآخر، وقد استظهرنا كونها مثليّاً مضافاً إلىٰ دعوىٰ مساعدة العرف عليه، ممّا دلّ على كون الدّرهم والدّينار مثليّاً، ووجوب ردّ مثل ما استدين بعدما أسقطها السلطان.

وامّا مسألة العبد فنلتزم بالتّهاتر القهري في هذه الصورة، أعني فيما لو كان في ذمّة الضّامن عبدٌ متّصفٌ بصفات التّالف، فما أوردوه إلزاماً على القائل بكون المرجع هو العرف نلتزم به، ومخالفة المشهور بعد تسليمها لا محذور فيها، بعد مساعدة البرهان عليها، مع إمكان دعوىٰ عدم إرادتهم هذه الصّورة لكونه فرداً نادراً، مع أنّا لا نقول بكونه مثليّاً أيضاً ولو في هذه الصّورة، بل نقول إنّ العبد مطلقاً قيميّ، وأنّ المناط في حكم العرف بوجوب دفع المثل في المثلي والقيمة كون المثل في المثلي وكذا القيمة في القيمي أقرب إلى التّالف، ولا شبهة أنه لا شيء أقرب إلى التّالف ممّا هو في ذمّة المالك، بعد انطباق أوصافه عليه، لا لأجل مماثلته للتّالف حتّىٰ يقال إنّه مثلي في هذه الصّورة، بل لأجل كونه مصداقاً لما في ذمّته، لأنّه لو كان موجوداً كان للمالك تعيين ما في ذمّته في ضمنه وإلزامه الضّامن بقبوله لكونه حقّاً له، واتلاف الضّامن إيّاه استيفاءٌ لحقّه الّذي كان ثابتاً في ذمّة المالك، وهذا بعد معلوميّة المناط لا ينافي القول بكون العبد قيميّاً مطلقاً، وكذا غيره من القيميّات، وذلك نظير ردّ العين المقترضة لا بعنوان كونه فسخاً للقرض بل بعنوان كونه اداء عمّا في الذمّة وجواز إلزام الدّائن بقبولها إذا قلنا بأنّ القرض تمليك العين بازاء ما يماثله باستقرار خصوص المثل في ذمّة المقترض، إذ من البيّن جواز ردّ العين المقترضة، وإلزام

الدّائن بقبولها لا لأجل جواز فسخه، وأنّ ردّ العين فسخ لعقد القرض، بل يجوز ردّه بعنوان انّه اداء لحقّه وخروج عن عهدة ما استقرّ في ذمّته. والسرّ في ذلك أنّ القرض علىٰ هذا القول وإنْ كان بمفهومه اللّفظي عبارة عن التّمليك بعوض ما يستقرّ في ذمّة المقترض من خصوص المثل، إلّا أنّ خصوصيّة المثل ملغاة في نظر المتعاقدين في ذلك العقد والتغاير المتحقّق بين المثل والعين غير مقصودة ولا ملحوظة نوعاً، بل المقصود من ذلك العقد هو تمليك المقترض العين علىٰ نحو يخرج عن عهدتها ولا يبقى مكانها خالياً، وشغل المكان كما يحصل بدفع المثل كذلك يحصل بردّ الأصل، فالملاك كلّ الملاك هو شغل المكان وعدم بقائه خالياً، وكون التمليك عنده مجّاناً، وهذا يتحقّق بردّ العين، ولذا لا يلتزم القائل بهذا القول بجواز الإلزام بخصوص المثل وعدم قبول العين مع أنّ مقتضىٰ ظاهره كذلك.

وبعبارة اُخرىٰ: أنّ اعتبار خصوص المثل في القرض لأقربيّته إلى العين المقترضة، وإذا كان الأمر كذلك، وكان للمقترض إلزامه بقبول المثل تحصيلاً لفراغ ذمّته، لاشبهة أنّ جواز إلزامه بقبول نفسها أولىٰ، تحصيلاً له إذ لا أقرب منها إلى نفسها. هذا إذا قلنا بأنّ مفهوم القرض ما ذكرنا.

وامّا إذا قلنا بأنّ القرض هو عبارة عن تمليك العين علىٰ نحو يُخرج المقترض عن عهدتها ولا يبقى مكانها خالياً، فلايكون نظيراً لما نحن فيه، لأنّ ردّ العين حينئذٍ ممّا به يتحقّق نفس المفهوم بخلاف الأوّل، لأنّه بناء عليه من تحقّقات المناط والمقصود لا المفهوم كما عرفت.

ثمّ أنّه قد استدلّ علىٰ ضمان القيمي بالقيمة، مضافاً إلى الإجماع والآية، بإطلاقات رواياتٍ:

منها: ما دلّ علىٰ أنّه إذا تلف الرّهن بتفريط المرتهن سقط من ذمّته بحساب ذلك، فلولا ضمان التّالف بالقيمة لم يكن وجهٌ لسقوط الدّين بمجرّد ضمان التّالف.

ولكنّه لابدّ في تماميّة الاستدلال من أن يقال:

إنّ الغالب في الدَّين كونه من جنس النّقدين، وفي الرّهن كونه من القيميّات، مثل الدّار والثّوب وغير ذلك، وأنّ الرّواية واردة في تلك الموارد، والمـوارد التي يكون الرّهن والدّين من جنس واحد[1]، وإلّا ففي كلّ مورد لا يكون الدّين ممّا ذكر سقوطه عن الذمّة قهراً بالتّلف مشكل، بل لا أظنّ أحداً يلتزم به، فلابدّ حينئذٍ من حمل الرّواية على معنىً مناسب، ولا ينفع للاستدلال كما لا يخفىٰ.

❊ ❊ ❊

---

١ ـ وهذا أيضاً لا يخلو عن شي (منه قدس سره).

[في معنى ضمان العين]

الكلام في أنّ العبرة بقيمة يوم التّلف، أو يوم الغصب، أو أعلى القيم؟

فنقول مستعيناً بالله: إنّ مقتضى القاعدة بحسب إطلاقات الضّمان، مع قطع النّظر عن الأدلّة الخاصّة الواردة في بعض المقامات، مثل رواية البغل هو الاعتبار بقيمة يوم التّلف، كما ذهب إليه الأكثر على ما حُكي، إذ الضّمان بحسب متفاهم العرف عبارة عن تدارك الشّيء والخروج عن عهدته لو تلف، ومعنى الخروج عن عهدته لو تلف، تقديره كأن لم يتلف، وذلك يتحقّق بشغل مكان التّالف بوضع المثلي في مكانه لو كان مثليّاً والقيمة إن كان قيميّاً، والقيمة الشّاغلة لمكان التّالف لايكون إلّا القيمة الثّابتة له حين التّلف، إذ لو كان قيمته يوم التّلف مساوية لعشرة دراهم وكانت في يوم الغصب موازية لخمسة لايتحقّق شغل المكان بدفع الخمسة، لعدم صيرورته كأن لم يتلف، ضرورة اعتبار التّسوية في الصّدق، إذ لو كان العين موجودة لكانت مساوية للعشرة، فلايصدق الفرض حين انتفاء المساوات ونقصان

المدفوع عن قيمة يوم التّلف.

واَمّا لو كان قيمتها زائدة قبل يوم التّلف عنها في يوم التّلف، كأن كانت قبل يوم التّلف عشرة وفيه خمسة، فلاريب في صدق الفرض، أعني صيرورته بمنزلة لا تلف بدفع الخمسة، إذ لو فرضنا وجوده لا يزيد عليها قيمته.

إنْ قلت: إنّ ارتفاع قيمتها أيضاً مضمونة كنفس العين، لأنّه أتلفها عليه وأخرجها عن تحت سلطنته، فلابدّ من الخروج عنها حال الإرتفاع فالمعتبر حينئذٍ هو أعلى القيم من حين الغصب إلىٰ زمان التّلف.

قلت: ارتفاع القيمة السوقيّة ونقصانها ليس جزءً ولا وصفاً متأصّلاً لها حتّىٰ أتلفها، بل هو أمر اعتباري منتزع عنها يختلف باختلاف الأوقات والأمكنة، فالتّالف ليس إلّا نفس العين، فيجب الخروج عن عهدتها فقط دون ارتفاع قيمتها، ولذا لو كان العين باقياً لايجب عليه إلّا ردّ العين وإنْ نقص قيمته السوقيّة، وكذا لو كان مثليّاً لايجب إلّا دفع المثل بعد التّلف، سواء ساوىٰ قيمته للتّالف أم زاد أو نقص، كما تبيّن سابقاً.

إنْ قلت: مقتضىٰ ذلك وجوب ردّ المثل في المثلي دون القيمة إذ أخرج المثل عن الماليّة كالماء على الشاطئ والثّلج في الشّتاء، مع أنّه خلاف ما ذكرته سابقاً من الانتقال إلى القيمة حينئذٍ.

قلت: قيمة العين وإن كانت أمراً اعتباريّاً، إلّا انّها مقوّم لماليّتها وبها يتمايز الأموال قلّة وكثرة، فبخروجها عن صلاحيّة الاتّصاف بهذا الوصف الاعتباري الانتزاعي يخرج له العين عن كونه مالاً له، فالغاصب أخرج المال عن ماليّته فصيّر المالك بلا مال، فكأنّه أتلفها عليه، فكان بمنزلة تلف نفس العين، فيجب عليه الخروج عن عهدته، وهذا بخلاف ما نحن فيه، لعدم خروج العين عن الماليّة في المقام، نعم قد يتمسّك لإثبات أعلى القيم بأدلّة نفي الضّرر.

وتقريب الإستدلال: أنّ القيمة وإن كانت أمراً اعتبارياً ولكنّها مقوّم للماليّة كما ذكر، فبنقصانها ينتقص العين من حيث الماليّة، وهو ضرر على المالك نشأ من فعل الغاصب، أعني إخراجه عن تحت سلطنته وحبسه عن التّصرف فيه حين ارتفاع القيمة، فلابدّ من الخروج عن عهدته بمقتضى إطلاق نفي الضّرر. ولا يخفى أنّ الاستدلال بها مبنيّ على القول بدلالتها على نفي الضّرر في الشّريعة مطلقاً، من غير فرق بين الأحكام الجعليّة والتقريريّة، بمعنى أنّها تدلّ علىٰ نفي الضّرر في الشّريعة من حيث الأحكام نفياً وإثباتاً، كما هو الظاهر منها، وامّا على القول بعدم دلالتها إلّا على نفي الضّرر في الأحكام المجعولة من قبل الشّارع فلايصحّ الاستدلال بها، لأنّ عدم الحكم بالضّمان ليس من الأحكام الجعليّة، ولا يحتاج في الحكم بالعدم إلى جعل حكمٍ، إذ عدم الجعل يكفي في الحكم بالعدم.

اللهمّ إلّا أن يقال ـ كما ذهب إليه شيخ مشايخنا ﷺ ـ علىٰ فرض تسليم اختصاصه بالجعليّات، من أنّ نفي الضّرر في الأحكام الجعليّة مغنٍ عنه في غير المجعولات، إذ كلّ حكم ضرري غير مجعول يستلزم حكماً تكليفيّاً ضرريّاً كما فيما نحن فيه، إذ لو لم يحكم في هذا المورد بالضّمان، لكان أخذ المال الزّائد عن قيمته يوم التّلف حراماً، ولا شبهة أنّ حكم الشّارع بالحرمة في هذا المورد ضرريّ تنفيه الأدلّة من غير احتياج إلى تعميمها، إذ بعد نفي الحرمة يثبت الجواز المستلزم لاشتغال ذمّة الضّامن، كما لا يخفىٰ.

ولكنّه لايخلو عن نظر، إذ ليس الضّرر الثّابت في المقام مستنداً إلى الحكم بالحرمة حتّىٰ يكون الحكم بها حكماً ضررياً، بل هو مستند إلىٰ عدم الضّمان ومسبّب عنه، كما أنّ الحرمة أيضاً كذلك، فالضّرر انّما نشأ من البناء علىٰ عدم الضّمان وتقرير الشّارع إيّاه، ويستتبعه الحرمة[1].

---

١ ـ وفي النّظر للنظر أيضاً مجال (منه رحمه الله).

وقد يناقش في الاستدلال: بمعارضة نفي ضرر الضّامن، ضرورة كون الحكم بلزوم دفع القيمة الزائدة ضرراً على الضّامن، كما أنّ عدم ضمان الضّامن بها ضرر على المالك، ولا أولويّة لإدخال أحد الضّررين تحت العام دون الآخر، ضرورة تواطئ ما صدق عليهما، وتقدّم أحدهما في الوجود غير موجبٍ للتّشكيك في الصّدق كما لايخفىٰ. وبعد التّعارض يسقط الدّليل بالنّسبة إليهما عن الاعتبار، لعدم إمكان العمل به فيهما، وعدم التّرجيح في العمل بأحدهما بعد مساواة الصّدق.

وتوهّم: كون الضّامن مُقْدِماً على الضّرر بنفسه فلايكون منفيّاً، إذ ليس منشأه حكم الشارع، بل الضّامن بنفسه أضرّ على نفسه.

مدفوعٌ: بأنّ الضّامن لم يُقْدِم إلّا على أكل المال، وليس الضّمان إلّا لأجل الشّارع بوجوب التّدارك، وكثيراً ما لا يعرف الضّامن هذا الحكم أيضاً، ولا يلتفت إليه حتّىٰ يُقْدِم إليه، كما في المأخوذ بالبيوع الفاسدة بالنّسبة إلى أغلب العوام، خصوصاً في أمثال المقام، أعني لا يثبت فيه الحكم بالضّمان، حيث أنّ الحكم بضمان الأعلىٰ غير معلوم، بل هو أوّل الكلام، كاندفاع توهّم عدم صدق الضّرر بالنّسبة إلى الضّامن، لأنّ دفع حقّ الغير لا يُعدّ ضرراً.

ووجه الإندفاع: ما عرفته من أنّ ثبوت الحقّ عين المتنازع فيه، نعم بعد إثباته لايصدق الضّرر عرفاً.

إنْ قلت: لو قلنا بشمول القاعدة لنفي ضرر الضّامن يلزم التّخصيص فيها بالنّسبة إلى المالك، لصدق الضّرر عليه عرفاً، وعدم الحكم بلزوم جبرانه، لما عرفت من عدم إمكان شمولها لهما معاً.

وامّا إذا قلنا بدلالتها علىٰ نفي ضرر المالك، فلا يلزم تخصيصُ أصلاً، بل يخرج ضرر الضّامن عن كونه ضرراً، إذ بعد الحكم بوجوب تدارك ضرر المالك على الضّامن، يثبت في ذمّة الضّامن ما به يتدارك ضرره، ويصير المتدارك به حقّاً له، ولاشبهة أنّ اداء الحقّ ليس من الضّرر في شيء، فيكون ذلك من باب التخصّص لا

التّخصيص، والتخصّص أولىٰ من التّخصيص لما تبيّن في محلّه، فيجبُ الحمل عليه، نظير قاعدة (لا تنقض) في شمولها للشك السّببي والمسبّبي.

قلت: أولويّة تقديم التخصّص على التّخصيص فرع الإمكان، وقد عرفت صدقه على أحدهما في مرتبة لم يصدق فيها الآخر لكونهما في عرض واحد من حيث الصّدق. نعم يتمّ ذلك لو كان صدق الضّرر على المالك مقدّماً بحسب المهية لا من حيث الوجود الخارجي من صدقه علىٰ ضرر الضّامن. وقد ذكرنا أنّ صدقه عليهما علىٰ سبيل التّواطي لا التّشكيك.

وبهذا ظهر الفرق بين هذه المسألة ومسألة الاستصحاب، لأنّ شمول قاعدة (لا تنقض) للشكّ المسببيّ مستلزمٌ لخروجه عن تحتها لعدم معقوليّة دخوله تحت القاعدة مع خروج الشكّ السّببي عنها، لاستلزامه الطّفرة الّتي قضت الضّرورة ببطلانها، لأنّ تحقّق المسبّب فرع ثبوت السّبب، فثبوت السّبب من حيث الذّات مقدّمٌ علىٰ ثبوت المسبّب، فصدق الشكّ على السّبب مقدّم من حيث الذّات من صدقه على المسبّب فاندراج المسبّب تحت المفهوم فرع اندراج السّبب، والمفروض أنّ اندراج السّبب تحته في تلك القاعدة مستلزمٌ لخروج المسبّب عنها، فظهر أنّ صدق الشكّ على المسبّب قبل صدقه على السّبب مستلزمٌ للطفرة.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ قياس ما نحن فيه بالقاعدة قياسٌ مع الفارق[١].

والجواب عن المناقشة: بأنّها مسوقة في مقام الإمتنان على العباد، ورفع ضرر الضّامن منافٍ للامتنان، فسوقها في هذا المقام قرينة على إرادة الأفراد الّتي في رفعها امتنان، ولا محذور حينئذٍ، فمقتضىٰ هذه القاعدة لزوم دفع أعلى القيم، ولكنّ التمسّك

---

١ ـ ولايتوهّم أنّ ضرر الضّامن مسبّبٌ عن ضرر المالك، فيصير نظير القاعدة، لأنّ كون دفع المال للخروج عن العهدة ضرراً ليس مسبّباً عن ضرر المالك، بل هو ضررٌ مطلقاً سواء تضرّر المالك أم لا. نعم صدق مفهوم الخروج عن العهدة يتفرّع عليه، ولكنّه لا ربط له بالمقام، كما لايخفىٰ.

بها في المقام مشكلٌ لما بيّناه في محلّه من أنّ التمسّك بأمثال هذه العمومات ممّا علم إجمالاً بورود التخصيصات عليها في غير الموارد الّتي تمسّك العلماء الفحول من المتقدّمين بها مشكلٌ، ولم نقف علىٰ من تمسّك من المتقدّمين لإثبات أعلى القيم بها، وكلّ من قال به تمسّك بدليل آخر، وتمسّك بعض متأخّري المتأخرين له بها غير نافع في خروج المورد عن أطراف الشّبهة كما لا يخفىٰ.

وقد يتمسّك لإثبات أعلى القيم بإطلاقات الضّمان، لما عرفت من أنّ معناه الخروج عن العهدة، أنّه لو تلف لكان عليه قيمته، وهذه القضيّة التعليقيّة ثابتة في جميع آنات الغصب، ومقتضىٰ ثبوتها في زمان ارتفاع القيمة تنجّز هذه القيمة بعد التّلف، لتحقّق التّلف الّذي كان وجوب اداء تلك القيمة معلّقاً عليه، وامّا تنزّل قيمتها بعد ذلك الزّمان فلاينفع بعد ثبوت هذا المقدار من الماليّة له.

وقياس هذه الصّورة علىٰ صورة بقاء العين، حيث أنّ عدم ضمان ارتفاع القيمة فيها إجماعيّة، قد ظهر ما فيه، لأنّ الضّمان فرع ثبوت التّلف، وهو غير صادق في تلك الصّورة.

وفيه: أنّ مقتضى إطلاق الضّمان هو وجوب دفع قيمة العين التّالفة، وصيرورتها كأن لم يتلف، وقد عرفت أنّه يصدق بدفع قيمة يوم التّلف، والقيمة الثّابتة لها في وقت من الأوقات، فلا دليل علىٰ وجوب دفعها، وإنّما الواجب أداء قيمة هذه العين بعد تلفها، لا هذه القيمة الثابتة لها في زمان من الأزمنة. ولاريب أنّه يصدق علىٰ من دفع قيمة يوم التّلف أنّه دفع قيمة هذه العين، ولا دليل علىٰ وجوب دفع الزّائد عنها، فالأصل براءة ذمّة الضّامن عمّا زاد.

وإستُدِلّ على هذا القول: أعني اعتبار أعلى القيم بأصالة الاشتغال، لإشتغال ذمّة الضّامن، ولا يحصل البراءة إلّا بالأعلىٰ، بمعنىٰ أنّه لا يحصل القطع بالبراءة، لا أنّه لايحصل البراءة قطعاً، ومعلوم أنّ الاشتغال اليقيني يقتضي البراءة اليقينيّة.

وقد يُجاب: بأنّ الأصل في المقام البراءة حيث أنّ الشكّ في التّكليف الزّائد.

أقول: إِجراء البراءة في المقام مبنيٌّ على أنْ يكون متعلّق التّكليف خصوص دفع القيمة في القيميّات، لأنّ تعلّق التّكليف بالزّائد عن قيمة يوم التّلف مشكوكٌ مدفوع بالأصل.

ولكن يُمكن أنْ يقال: إنّ المستفاد من أدلّة الضّمان هو الخروج عن عهدة التّالف، فيكون متعلّق التّكليف هو هذا المفهوم المُبيّن المردّد مصداقه بين الأقلّ والأكثر، وأنّ الأمر بدفع القيمة في بعض القيميّات ـ كما ورد في بعض الأخبار الخاصّة ـ أنّما هو لأجل انطباقه علىٰ ذلك المفهوم، لا لأجل كونه بخصوصه مأموراً به، بل المأمور به في الحقيقة هو ذلك المفهوم، أعني الخروج عن عهدة التّالف، ويكون القيمة المأمور بدفعها في هذه الموارد من محقّقاته، وعلى هذا فليس المشكوك مجرىً للبراءة، بل من موارد جريان قاعدة الاشتغال كما تبيّن في محلّه.

واستُدِلَّ: على إثبات الاعتبار بيوم الغصب بصحيحة أبي ولّاد، فاللّازم أوّلاً نقل الصّحيحة ثمّ التكلّم في دلالتها على المطلوب.

فنقول مستعيناً بالله: رَوى الشيخ ﷺ في الصّحيح عن أبي ولّاد قال: «إكْتَريتُ بَغْلاً إلى قَصر بَني هُبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجتُ في طلب غريم لي، فلمّا صِرْتُ قرب قنطرة الكوفة خُبِّرتُ أنّ صاحبي توجّه إلى النّيل، فتوجّهتُ إلىٰ نحو النّيل، فلمّا أتيتُ النّيلَ خُبِّرتُ أنّه توجّه إلى بغداد، فاتبعته وظفرت به وفرغت ممّا بيني وبينه، ورجعتُ إلى الكوفة، وكان ذهابي ومجييء خَمسة عَشَر يوماً، فأخبرتُ صاحبَ البغل بعذري، وأردت أن أتحلّلَ منه فيما صنعتُ وأُرضيهُ فَبَذلتُ له خمسة عشر درهماً، فأبىٰ أنْ يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة وأخبرته بالقصّة وأخبره الرّجل.

فقال لي: ما صنعت بالبغل؟

قلت: أرجعته سليماً.

قال: نعم، بعد خَمسة عَشَر يوماً.

قال: فما تريد مِنَ الرّجل؟

قال: أُريد كرايتي، فقد حَبَسه عليّ خمسة عشر يوماً.

فقال: إنّي ما أرىٰ لك حقّاً، لأنّه اكتراه إلى قصر بني هُبيرة، فخالف فركبه إلى النّيل، وإلىٰ بغداد، فَضَمن فيه البغل وسقط الكراء، فلمّا ردّ البغل سليماً وقبضته لم يلزم الكراء.

قال: فخرجنا من عنده، وأخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتىٰ به أبو حنيفة، وأعطيته شيئاً وتحلّلت منه، وحَججتُ تلك السّنة، فأخبرتُ أبا عبدالله عليه السلام بما أفتىٰ به أبو حنيفة.

فقال عليه السلام: في مثل هذا القضاء وشبهه تُحبَسُ السَّماءُ مائها، وتَمنعُ الأرضُ بركاتها!

فقلت لأبي عبدالله عليه السلام: فَما ترىٰ أنت جُعِلْتُ فداك؟

قال: أرىٰ عليك مثل كَري البغل ذاهباً من الكوفة إلى النّيل، وذاهباً من النّيل إلىٰ بغداد، ومثل كَري البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إيّاه.

قال: قلتُ جُعِلتُ فداك! علفته بدراهم فلي عليه علفه.

قال عليه السلام: لا، لأنّك غاصب!

قلت: أرأيت لو عَطَب البغل، أو نَفق أليس كان يلزمني؟

قال عليه السلام: نعم قيمةُ بغل يومَ خالفته.

قلتُ: فإن أصابَ البغل عَقْرٌ أو كَسْرٌ أو دَبْرٌ؟

قال عليه السلام: عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تَردُّه عليه.

قلت: فمن يعرف ذلك.

قال: أنت وهو، إمّا أنْ يَحْلِف هو فيلزمك، وإنْ ردّ عليك اليمين فَحَلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهودٍ يشهدون أنّ قيمة البغل حين إكْتُري كذا وكذا فَيَلزَمُك»[1] الخبر.

---

١ ـ وسائل الشيعة: ١٩ باب ١٧ ص ١٢٠.

قوله: «أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني».

الظّاهر أنّه استفهام إنكاري حيث علم أنّ كلام أبي حنيفة ضمان البغل، وتخيّل أنّ ضمانه لا يجتمع مع ضمان الكراء كما قال، فاستفهم بطريق الإنكار عن النّفي، فأجاب عليه السلام باللّزوم، وظهر منه عدم المنافاة بينهما.

وامّا ظهوره في كونه إنكاريّاً لمكان ليس، إذ لو كان حقيقيّاً[1] لكان الأنسب أن يقول (أكان يلزمني)، فقوله عليه السلام «نعم» تصديقٌ بما بعد النّفي، فكأنّه قال «يلزمك لو عَطَب أو نفق قيمة بغلٍ يوم خالفته»، وكلمة «يوم» إمّا أنّها ظرفٌ متعلّق بنعم، لاشتماله علىٰ تصديق الملازمة، لأنّه في قوّة أن يقال الملازمة ثابتة يوم المخالفة، والتّعبير عنه بيوم المخالفة لبيان ابتداء ثبوت الملازمة، لا لإفادة اختصاصها به، إذ هي ثابتة في جميع أزمنة الغصب، فأنّه لدفع ما ربّما يتوهّم أنّ ابتداء ضمان العين علىٰ فرض ثبوته من حين إثبات اليد عليها[2] ـ ولو قبل زمان الغصب ـ فكأنّه في قوّة قوله «نعم» ثبوت الضّمان والملازمة في وقت المخالفة، فليس خصوصيّة اليوم

---

١ ـ وقد يخطر بالبال أنّ حمل الاستفهام على معناه الحقيقي أنسب وأولى لجواز منع ظهور كلمة ليس في كونه إنكارياً، خصوصاً بعد ملاحظة المقام، حيث أنّ السّائل استفاد من كلام أبي حنيفة المنافاة بين ضمان العين وضمان المنفعة، فلمّا أفتى الإمام عليه السلام بضمان الكراء وقال إنّ فتوى أبي حنيفة علىٰ خلاف الصّواب، علم أنّ حكمه بعدم الضمان علىٰ خلاف الواقع، لكنّه شكّ في أنّ حكمه بالتنافي بينهما هل هو حقّ فيكون مقتضاه عدم ضمان نفس البغل، أو هو أيضاً علىٰ خلاف الواقع، فاستفهم منه، ولما كان المتوقّع علىٰ مقتضىٰ فتواه نفي ضمان البغل صدّره بكلمة أليس.

فقوله عليه السلام «نعم» تصديق لما بعد النفي، فيكون بمعنى بلى، لا أنه تصديقٌ للنفي كما هو مقتضى معناه الحقيقي ـ علىٰ ما قيل ـ لانقلاب المقصود وفساد المعنى، ولو كان الاستفهام إنكاريّاً لكانت الكلمة أيضاً كذلك كما لا يخفىٰ (منه رحمه الله).

٢ ـ فهو متعلّق بكلمة «نعم» باعتبار كونه في معنى الفعل، نظير تعلّق الظّرف باسماء الإشارة، فهو باعتبار كونه تصديقاً لمضمون الجملة في معنى الفعل، فكأنّه قال كون الأمر كذلك حقّ في ذلك اليوم، وقد عرفت أنّه وإن كان ظرفاً إلّا أنّه بمنزلة من يوم كذا فتدبّر (منه رحمه الله).

ملحوظة إلّا لأجل بيان ابتداء زمان الضّمان، وأنّه ليس قبل زمان المخالفة ضمانٌ، فهذا الكلام بمنزلة قولنا «إنّ العين المستأجرة ليست مضمونة إلّا بتعدّ أو تفريط»، فذكر هذه الفقرة لبيان هذا الحكم، وقوله عليه السلام «قيمة بغل» علىٰ هذا التوجيه لعلّه لبيان كون البغل قيميّاً.

وامّا بناءً على التّوجيه الآخر، وهو الّذي استظهره الشيخ رحمه الله من كون اليوم قيداً للقيمة، فوجه ذكره معلوم كما لايخفىٰ، ولايصلح لأن يكون متعلّقاً بيلزمك المستفاد من تصديق سابقه كما توهّم، إذ ليس لزوم قيمة البغل لو عطب في آخر أزمنة الغصب مثلاً في يوم المخالفة، بل الثّابت في يوم المخالفة ليس إلّا تحقّق القضيّة التعليقيّة وثبوتها، لا لزوم القيمة، فليس ظرفاً لمضمون الجملة السّابقة، إذ هي ظاهرة في اللّزوم الفعلي، وقد عرفت فساده.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ اليوم وإن كان في الظّاهر ظرفاً، إلّا انّه لمّا كان المخالفة سبباً للّزوم الفعلي ـ علىٰ تقدير حصول العطب ـ ومعلوم أنّ المسبّب لابدّ أن يتحقّق في زمان تحقّق السّبب، فلهذا كثيراً ما يعبّرون عن لفظ السّبب بذكر وقت ما هو السّبب أو يومه أو زمانه، فعلىٰ هذا قوله اللّزوم في وقت المخالفة بمنزلة قوله السّبب المخالفة، وعلىٰ هذا لا مانع من تعلّقه بقوله يلزمك، مع كونه فعليّاً علىٰ فرض تحقّق الشّرط، والسرّ في ذلك أنّ يوم المخالفة ليس ظرفاً للّزوم الفعلي قطعاً، إذ مقتضاه الالتزام بكون الغصب كاشفاً عن ثبوت اللّزوم في الواقع في مطلق زمان المخالفة، مع أنّ الظّاهر أنّه لم يقل به أحد، وامّا سببيّته ثابتة في هذا الزّمان مطلقاً. وامّا أنّه قيد للقيمة كما استظهره شيخ مشايخنا قدس سره حيث قال: «**الظّاهر أنّ اليوم قيدٌ للقيمة امّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً يعني قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون إسقاط حرف التّعريف من البغل للإضافة لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن حتّىٰ يتوهّم الرّواية مذهب من جعل القيميّ مضموناً بالمثل والقيمة انّما هي قيمة المثل، وامّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة**

القيمة إلى البغل» انتهىٰ[١].

قوله﴿رضي الله عنه﴾: «امّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً»[٢].

هذه العبارة بظاهرها منافية لما يذكره فيما بعد من إسقاط حرف التّعريف من البغل للإضافة، إذ البغل علىٰ هذا ليس مضافاً، بل هو مضافٌ إليه، فلا وجه لإسقاط حرف التّعريف.

ويمكن توجيهه: بأنّ المراد إضافة المجموع المركّب، والمقصود منها إفادة اختصاص القيمة المقيّدة بكونه للبغل باليوم بوقوعه فيه، وهذا نظير ما لو قلت «حُبّ رمانك» إذا أُريد منه إفادة اختصاص الحبّ بك، كما أنّه يفيد اختصاص الرّمان حينئذٍ إسقاط حرف التّعريف من البغل، لكونه من قبيل تتابع الإضافات في الصّورة، وإنْ كان بحسب المعنىٰ من قبيل إضافة المركّب.

وقد يراد من أمثال هذا الكلام إفادة اختصاص المضاف الأوّل به من دون إرادة الاختصاص الثاني وإفادته، كما في قولك «هذا سُرج فرسك» وقد أردت بيان اختصاص السّرج به لا الفرس. ويتّضح هذا الفرض في كلّ مورد لا يكون له فرسٌ أصلاً، إذ حينئذٍ أيضاً قد يعبّرون بهذه العبارة.

ويمكن أنْ يكون مراد الشيخ﴿رحمه الله﴾ من إضافة القيمة هذا النّحو من الإضافة، وفي هذا القسم أيضاً، البغل مضافُ صورةٍ نظير المثال السّابق، وسقوط حرف التّعريف لحفظ الصورة.

وقد يجاب[٣]: بأنّ المضاف هو نفس القيمة المذكورة، وأنّ البغل منكر منوّن،

---

١ و ٢ ـ كتاب المكاسب: ١١٠ سطر ١٤.

٣ ـ **وفيه**: عدم جواز إضافة شيء واحد إلى سببين مطلقاً بمقتضى قواعد النّحويين، حيث ←

ولكنّه في المعنىٰ معرفة، وأُسقط عنه حرف التّعريف لئلاّ يلزم من إضافة القيمة إلى اليوم ثانياً اضافة المعرّف وتعريفه، إذ لو كان البغل معرّفةً يكتسب المضاف منه التّعريف فلايصلح للإضافة بعد ذلك، للزوم تعريف المعرّف، وذلك غير ممكن بعد فرض اتّحاد الجهة، وهي الإكتساب من جهة الإضافة، بل غير جائز مطلقاً في الصّناعة، كما هو مقتضى اطلاقاتهم، بل تصريحهم في بعض الموارد.

وعلىٰ كلٍّ من التّقديرين الّذين استظهرهما الشيخ ﷺ تكون هذه الفقرة شاهدة علىٰ كون العبرة بقيمة يوم الغصب، ولكنّه سنتكلّم في ظهوره إن شاء الله تعالى.

ثمّ ذكر الشيخ ﷺ بعدما حكينا عنه: «**وامّا ما احتمله جماعةٌ من تعلّق الظّرف بقوله «نعم» القائم مقام قوله ﷺ «يلزمك» يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل فبعيدٌ جدّاً، بل غير ممكن، لأنّ سؤال السّائل عمّا يلزمه بعد التّلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدلّ عليه «أرأيت لو عَطَب البغل أو نفق أليس كان يلزمني»، فقوله «نعم» يعني يلزمك بعد التّلف بسبب المخالفة قيمة بغلٍ يوم خالفته، وقد أطنب بعضٌ في جعل الفقرة ظاهرة في تعلّق الظّرف بلزوم القيمة عليه، ولم يأت بشيء يساعده التّركيب اللّغوي، ولا المتفاهم العرفي**» انتهىٰ[١].

← يقولون إنّ الفعل الّذي هو أقوى العوامل لا يصلح أن يرفع فاعلين، فكيف يمكن أن يجرّ عامل واحد معمولين بالإضافة، مع أنّ الإسم قد تمّ بإضافة الأوّل، والظاهر عدم جواز اعمال عامل واحد في معمولين، مختلفين كانا، وعرضٍ واحدٍ من حيث الجهة، ولو فرضنا ورود ما يوهم كونه من ذلك، فامّا هو بتقدير عاملٍ من جنس الأوّل أو المعمول الثاني عطف بيان أو بدل، بل الظّاهر انّه نظير استعمال اللّفظ في أكثر من معنىً واحد.

إذا عرفت ما ذكرنا علمت أنّ هذا الوجه سقيمٌ ولا وجه لسقوط اللّام لو قلنا باضافة القيمة اليه، إذ اللازم حينئذٍ تقديرُ مضافٍ بقرينة المذكور أو اليوم بدل عن البغل، وليس شيء منهما مقتضياً لحذف اللّام، فافهم (منه رحمه الله).

١ ـ كتاب المكاسب: ١١٠ سطر ١٦.

ولكنّك بعد التأمّل فيما ذكر عرفت صحّة تعلّق الظّرف بـ(نعم)، وأنّ المراد من اللّزوم ليس هو اللّزوم الفعلي، بل الملازمة الثّابتة في تلك القضيّة، وأنّ الاستبعاد في غير محلّه.

وما ذكرهﷺ وجهاً لعدم الإمكان لايخفىٰ ما فيه، إذا المعلوميّة غير موجبة لعدم إمكان الاستفهام الصّوري، كيف والاستفهام الإنكاري والإبطالي والتوبيخي كلّها في الموارد المعلومة؟

غاية الأمر أنّه لابدّ فيها من ثبوت نكتة، مع أنّ ما ذكرهﷺ من كونه سؤالاً عن تعيين القيمة ممّا لا يساعد عليه القضيّة المستفهم عنها، إذ ليس السؤال فيها عن نفس اللّزوم علىٰ تقدير العطب، فلم يفهم كونه سؤالاً عن القيمة، ولو قلنا بتعلّق الظّرف بالقيمة لوجب الالتزام بكونه كلاماً مستأنفاً ويكون اضراباً عن سابقه، ضرورة عدم انطباقه مع السّؤال، لما ذكرنا من عدم صلاحيّة اللّفظ، لكونه سؤالٌ عمّا يلزمه، بل هو سؤال عن أصل اللّزوم، فعلىٰ هذا يتمشّى الإشكال المذكور في المقام من أنّه كان عالماً فلِمَ سئل؟

ولكن الإشكال موجب لصرف الاستفهام عن معناه الحقيقي، ويكون ذكره لغرضٍ، ولعلّ ذكره وكذا ذكر الفقرة الّتي بعده وهي قوله «إنْ أصاب» ـ الىٰ آخره ـ توطئة وتمهيد لما هو مذكور فيما بعد، وهو السّؤال عمّن يعرفها، فكأنّه قال القيمة اللّازمة على الغاصب، وكذا قيمة الوصف الّذي تلف في يده من يعرفها.

والحاصل: كونه معلوماً لايوجب حمل الاستفهام علىٰ كونه مسؤولاً عمّا يلزمه، ولايبعد كون الاستفهام تقريريّاً، والمراد بما بعد النّفي كما لايخفىٰ.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّه يحتمل أن يكون اليوم متعلّقاً بـ(نعم)، وأنْ يكون متعلّقاً بالقيمة، فلابدّ أنْ يكون اضراباً عن الجواب بعد تصديقه السّؤال، ولكنّ الإشكال في أنّ أيّهما أظهر، ويُبعّد تعلّقه بـ(نعم) كون اللّزوم ظاهراً في الفعل، وهو هنا غير مناسب فلابدّ من حمله على الثّاني، وهو خلاف الظّاهر.

ويبعد الثاني[1] أنّ الظاهر من الظّرف تعلّقه بما هو ركنٌ في الجملة، والقيمة فضلة في الكلام، لأنّ تقديره: نعم يلزمك إنْ عَطَب قيمة البغل يوم المخالفة، وليست القيمة ركناً، فتعلّقه بـ(يلزمك) أظهر كما لايخفىٰ. وقد يستظهر تعلّقه بـ(نعم) من تنكير البغل، إذ ليس البغل غير معيّن زمان المخالفة. نعم لو كان معرّفاً لايمكن دعوىٰ تعلّقه بالقيمة، أو بالاختصاص المستفاد من إضافتها إلى البغل، لثبوت المخالفة، واختصاصها بالنّسبة إليه مخصوصة فافهم.

وربّما يُستظهر تعلّقه بـ(نعم) ممّا سيُتلى عليك إنْ شاء الله.

ويمكن دعوىٰ ظهور قولهعليه السلام «**عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب**» في أنّ المعتبر هو قيمة يوم التّلف، إذ الظّاهر من هذه الفقرة أنّه بعدما حدث العيب في البغل أنْ يلاحظ قيمته في هذه الحالة، ثُمّ يلاحظ قيمة البغل في حالة الصحّة، فيلزمه علىٰ ما به التفاوت، لا قيمته معيباً في أوّل زمان الغصب.

والحاصل: أنّها ظاهرة في أنّها بعد حدوث العيب أنْ يلاحظ أنّه كم نقص قيمته بهذا العيب فيلزمه بها، ومعلوم أنّ هذه الملاحظة إنّما هي في زمان التعيّب، ومعلوم أنّ زمان التعيّب هو زمان وصف الصحّة، فالملحوظ هو قيمته في هذا الزّمان، وهو زمان التّلف، لا في زمان الغصب إذ لم يوجد العيب في ذلك الزّمان حتّىٰ يُلاحظ.

اللّهم إلّا أنْ يقال: بعد حدوث العيب يفرض قيمة البغل في يوم الغصب حال كونه صحيحاً وقيمته في حال العيب، ولكنّه بعيدٌ غاية البعد.

واستشهد لاعتبار قيمة يوم العيب بالفقرة الأُخرىٰ منها أيضاً وهو قولهعليه السلام: «**أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون انّ قيمة البغل يوم الإكتراء كذا وكذا**».

---

١ ـ وقد عرفت ما فيه (منه رحمه).

قال الشيخ‌رحمه‌الله: «فانّ اثبات قيمة يوم الإكتراء [من حيث هو اكتراء] لا جدوى فيه، لعدم الاعتبار، فلابدّ أنْ يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة، بناءً على أنّه يوم الإكتراء لأنّ الظّاهر من صدر الرّواية أنّه خالف المالك بمجرّد خروجه إلى الكوفة، ومن المعلوم أنّ اكتراء البغل لمثل المسافة القليلة إنّما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السّابق. ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة»[1].

«وامّا قوله‌عليه‌السلام في جواب السؤال من إصابة العيب «عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه» فالظّرف متعلّقٌ بـ(عليك) لا قيد للقيمة، إذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الردّ إجماعاً، لأنّ النّقص الحادث تابعٌ في تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنىٰ عليك اداء الأرش يوم ردّ البغل»[2] انتهىٰ.

وفي الاستدلال نظرٌ قد أورده‌رحمه‌الله بعيد ذلك وهو قوله:

«نعم يمكن أنْ يوهن ما استظهرناه من الصّحيحة بأنّه لايبعد أنْ يكون مبنى الحكم في الرّواية علىٰ ما هو الغالب في مثل موارد الرّواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً، ويكون السرّ في التّعبير بيوم المخالفة، دفع ما ربّما يتوهّمه من العوام أنّ العبرة بقيمة ما اشترىٰ به البغل، وإنْ نقص بعد ذلك، لأنّه خسّره المبلغ الذي اشترىٰ به البغل. ويؤيّده التّعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرّواية بيوم الاكتراء، فانّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيثُ أنّه يوم المخالفة.

إلّا أن يقال: إنّ التّعبير بيوم الاكتراء مع كونه يوم المخالفة هو التّنبيه علىٰ سهولة إقامة الشّهود علىٰ قيمته في زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالباً

١ ـ كتاب المكاسب: ١١٠ سطر ١٩.
٢ ـ كتاب المكاسب: ١١٠ سطر ٢٢.

بمشهد من النّاس وجماعة من المكارين، بخلاف زمان المخالفة من حيث أنّه زمان المخالفة، فتغيير التّعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه علىٰ سهولة معرفة القيمة بالبيّنة في مقابل قول السّائل ومن يعرف ذلك، فتأمّل»[١] انتهىٰ.

أقول: ما ذكره ﷺ وجهاً لتغيير التّعبير عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء، وجعله نكتةً للأعراض عن يوم التّلف أنسب، بعد ملاحظة عدم اختلاف القيمة غالباً في تلك المدّة القليلة، إذ لا فرق في السّهولة من حيث إقامة البيّنة في معرفة القيمة بين تعيين قيمة يوم الاكتراء أو يوم الغصب، إذ المفروض أنّهما متّحدان في المقام، وهذا بخلاف تعيين قيمة يوم التّلف من حيث هو هذا اليوم، فلابدّ من تعيينها في هذا اليوم من تعيينها في يوم الاكتراء ثم يعيّن قيمة هذا اليوم، إمّا لما ذكره ﷺ من عدم الاختلاف غالباً في تلك المدّة القليلة، وإمّا لأجل تعيينها في هذا اليوم بعد معلوميّتها في يوم الاكتراء بالاستصحاب. ولعلّه ﷺ أراد من الأمر بالتأمّل ما ذكرناه، فافهم.

ثمّ لايخفى أنّ عدم اختلاف القيمة في أمثال هذه المدّة القليلة ممّا يُبعّد تعلّق اليوم بالقيمة، إذ لا داعي في التّخصيص بقيمة يوم الغصب، مع عدم اختلاف القيمة في هذا الزّمان، في هذه الواقعة الشخصيّة، وحمله على إرادة الإمام عليه السلام بيان القاعدة الكلّية في هذا الباب بعيدٌ عن سياق الكلام.

قوله عليه السلام: «امّا أنْ يَحْلِفَ هو على القيمة فيلزمك، فانْ ردّ عليك اليمين فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهودٍ يَشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكترىٰ كذا وكذا فيلزمك» الخبر.

في هذه الفقرة إشكالان:

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١١٠ سطر ٢٨.

أحدهما: قبول قول المالك، مع كونه مخالفاً للأصل لكونه مدّعياً للزّيادة.

وثانيهما: قبول بيّنته، مع أنّ مَنْ كان القول قوله فالبيّنة لصاحبه.

وقد يُذبُّ عنهما بحمل الحلف في المقام على الحلف المتعارف الّذي يرضىٰ بـه المحلوف ويُصدّقه فيه من دون محاكمة، والتعبير بردّه اليمين على الغاصب من جهة أنّ المالك أعرف بقيمة بغله، فكأنّ الحلف حقّ له ابتداءً.

ولكنّه خلاف الظّاهر، بل غيرُ معلوم مشروعيّته، مع أنّه بـعيدٌ عـن طـريقة الإمام عليه السلام من عدم بيان الحكم ممّا به يرتفع الخصومة في أمثال المـقام، ويمكـن أن يوزّع ذلك على الصّور المختلفة، وربّما يؤيّد بهذا الحمل الاعتبار بيوم التّلف، حيث قيل إنّه يمكنُ أنْ يُحمل توجّه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في تنزّل القيمة يوم التّلف، مع اتّفاقهما علىٰ قيمته سابقاً، ولاشكّ أنّ القول حينئذٍ قول المـالك لكـونه موافقاً للاستصحاب، ويكون سماع البيّنة في صورة اختلافهما في قيمة البغل سابقاً، مع اتّفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التّلف، ولايخفى أنّ هذا الحمل يناسب الإعتبار بيوم التّلف لأنّ اختلافهما في قيمة يوم الغصب، مع اتّفاقهما في سابقه، في أمثال المقام الّذي يتّحد فيه اليومان بعيدٌ، فهذا أيضاً يؤيّد تعلّق الظّرف بكلمة نعم بـالتقريب الّذي ذكرنا.

ومنهم من حمل النّص علىٰ ظاهره، وأفتوا علىٰ طبقه خروجاً عـن القـاعدة المسلّمة من كون البيّنة على المدّعي واليمين على المنكر، لأجل هـذه الصّـحيحة في خصوص المغصوبة.

وقد يُتمسّك بالصّحيحة لإعتبار أعـلى القـيم، ولا وجـه له ظـاهراً، ولعـلّ المتمسّك استظهر ذلك من قوله عليه السلام: «**نعم قيمة بغلٍ يوم خالفته**» زعماً منه صدق يوم المخالفة علىٰ زمان ارتفاع القيمة، مع كون الظّرف قـيداً لهـا، ومـعناه فكأنّهـا مساوقة لزمان المخالفة، فمعناها نَعم يلزمك لو عَطَب البغل قيمة يوم زمان المخالفة، ومعلوم أنّ زمان المخالفة يصدق علىٰ جميع آنات الغصب، منها زمان ارتفاع القيمة،

وحينئذٍ تشتغل الذمّة بها، ولو نقصت فيما بعد، لإندراج الأدنىٰ تحت الأعلىٰ.

وهذا لا يخفىٰ ما فيه من البُعد لظهور قيمة يوم المخالفة في يوم الغصب.

وامّا ما ارتكبناه من التأويل علىٰ فرض تعلّقه بـ(يـلزمك)، فـلكونه أقـرب للحامل علىٰ هذا الفرض، مع ظهور الفرض في تعلّقه بالفعل الّـذي هـو ركـنٌ في الكلام.

وأبعد من ذلك استظهاره من قوله‌ عليه السلام: «**قيمة ما بين الصحّة والعيب يـوم تردّه**» كما لا يخفىٰ.

فتحصّل ممّا ذكرنا: عدم جواز الاستدلال بالصّحيحة لإثبات الاعتبار بيوم الغصب، لإجمال الفقرتين الّلتين تمسّكوا بهما في المقام، إنْ لم نقل بظهور الفقرة الاُولىٰ بانضمام القرائن في اعتبار قيمة يوم التّلف، وكذا الإستدلال بها لإثبات أعلى القيم، فعلى هذا لو تمّ ما ربّما يُتوهّم استظهاره من قوله‌ عليه السلام: «**قيمة ما بين الصحّة والعيب**» كما ذكرنا سابقاً فهو، وإلّا فالرّواية مجملةٌ من هذه الجهة.

وكيف كان، فهل هي علىٰ فرض دلالتها على اعتبار يوم الغصب، كاشفة عن فساد ما استفدناه من معنى الضّمان، من أنّه التدارك عند التّلف، وجعله كأن لم يتلف، أو هي مقيّدة لإطلاقاتها، أو انّه ليس من مصاديق الضّمان، بل هو تغريم آخر ولا ضمان في الحقيقة في هذه الموارد، إذ الضّمان عبارةٌ عن تداركه حين التّلف، وليس هنا كذلك، بل ربّما يكون قيمة يوم الغصب دون قيمة يوم التّلف، فـلايجب التـدارك حينئذٍ حتّىٰ يتحقّق الضّمان، بل الثّابت فيها تغريم خاص؟

فنقول: إمّا كونه من مصاديق الضّمان والقيمة المأخوذ بها لأجل التّضمين، فممّا لاينبغي أن يُرتاب فيه، بل لا مورد أوضح في ثبوت الضّمان من مورد الصّحيحة، أعني في المال المغصوب، فحينئذٍ نقول:

إنّ معنى الضّمان في الحقيقة ليس هو التدارك عند التّلف، بل ضمان الشّيء هو التعهّد عليه والالتزام به، ومعنى التعهّد على الشيء والالتزام به، هو أن يتداركه لو

تلف، فهذا المعنى من مراتب التعهّد، لأنّ تعهّد الشّيء عبارةٌ عن الالتزام بابقائه مُستمرّاً، بحيثُ لو تلف جَعَله مَنْ التزم به كلا تلف، بوضع الأقرب إليه من حيث المماثلة مكانه وتداركه بذلك، وملخّص التعهّد وجوب التّدارك، ومعنى التدارك وضع شيء في موضعه عند انعدامه، وهذا معنىً قابل لأن يلاحظ بالنّسبة إلى كلٍّ من آنات الشّيء، لصحّة أنْ يقال إنّه يجب عليك تدارك هذا الشيء في هذا الآن، ومعناه وجوب إبقاء ذلك الشيء الثابت في هذا الآن مطلقاً بوضع مساويه مكانه، ولو قال علىٰ نحو الإطلاق، يجبُ عليك تدارك هذا الشيء، معناه يجب عليك وضع مساويه حين تلفه في موضعه، وجَعْله كأن لم يتلف، وابقائه مستمرّاً بعد تلفه حُكماً، وهذا أعني لزوم وضع مساويه عند التّلف مقتضىٰ إطلاقه، ولو قيّده بزمان خاصٍ، فمعناه وضع ما يساويه في هذا الزّمان مكانه، ومعلومٌ أنّ هذا ليس معنىً منافياً لمدلول التّدارك، بل هو تقييدٌ لإطلاقه نظير لفظ الوجوب حيث أنّ مطلقه ظاهرٌ في التّعييني، واستعماله في التّخييري تقييد لإطلاقه، فافهم.

وبعدما عرفت أنّ الضّمان هو وجوب تدارك الشّيء، علمت أنّ المستفاد من الصّحيحة ـ لو قلنا هو وجوب تدارك قيمته في يوم الغصب ـ علمت أنّ هذا المعنى ليس منافياً لإطلاقات الضّمان، بل هو تقييدٌ لها، فما ذكره شيخ مشايخنا؟ من أنّه يمكن أن يقال إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب ـ كما هو ظاهر صحيحة أبي ولّاد ـ كشف ذلك عن عدم اقتضاء الإطلاقات لما ذكرنا، من أنّ معنى التّدارك الالتزام بقيمة يوم وجوب التّدارك ليس في محلّه، إذ المستفاد من الصّحيحة ليس منافياً لما فهمناه من الإطلاق. غاية الأمر أنّها تقيّد الإطلاقات كما لا يخفىٰ، لأنّ الإطلاقات من حيث هي مقتضية كذلك، فافهم.

بقي هنا شيء وهو أنّه قد ذكر الشيخ؟:

«ثُمّ أنَ ما ذُكر من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة، واما إذا كان بسبب الأمكنة كما إذا كان في محل الضّمان بعشرة، وفي مكانٍ

آخر بعشرين، وفي مكان المطالبة بثلاثين، فالظّاهر اعتبار محلّ التّلف، لأنّ ماليّة الشيء تختلف بحسب الأماكن، وتداركه بحسب ماليّته»[١] إلى آخره.

وفي كلامه﵀ تأمّل، لأنّ مقتضاه اعتبار قيمة مكان التّلف ولو قلنا باعتبار قيمة يوم الغصب، وهذا منافٍ لتعليله، لأنّه لا ماليّة له في يوم الغصب بالنّسبة إلىٰ مكان التّلف، لأنّ ماليّته فرع وجوده، ولا وجود له هذا اليوم في مكان التّلف، وفرض وجوده في ذلك المكان غير موجب لتحقّق الماليّة له فيه حقيقةً حتّىٰ يجب تداركه، فافهم.

وفي حكم تلف العين من ضمان المثل أو القيمة، تعذّر الوصول إليه، وإنْ لم يهلك، كما لو سُرق أو غَرق أو ضاع أو أبق، لما دلّ على الضّمان بهذه الأُمور في باب الأمانات المضمونة، ولا يُشكل هذا بما سيستشكل في بدل الحيلولة، مِنْ لزوم الجمع بين العوض والمعوّض، لخروج العين المتعذّر فيه عن ملك المالك في هذه الأمثلة عُرفاً، فلا يقولون انّها ماله، وإنّه ذو مالٍ، فبعد أخذه البدل ليس جمعاً بين البدل والمبدل منه، لما ذكر من خروج العين عن الماليّة.

ولا يتوهّم: أنّ مقتضىٰ ذلك عدم جواز استرداده لو فرض ردّه إلى الضّامن، بزوال العذر، أو تمكّن من تحصيله بعدما كان متعذّراً عادةً، لخروجه عن ملكه وأخذه بدله، إذ لا منافاة بين ارتفاع الماليّة، وبقاء عُلقةٌ وارتباطٌ فيما بينه وبين هذا الشّيء الذي كان مالاً له الّتي ليس هي لغيره، بحيث توجب تلك العلقة صيرورته ملكاً له لو انتقل إلى الماليّة، نظير الخلّ الّذي صار خمراً وخرج عن الماليّة، فلو عاد إلى الخلّية لعاد إلىٰ ملكه الّذي خرج بالخمريّة عن ملكه، وحينئذٍ لأجل تلك العلقة تتحقّق علقة مثلها فيما بين الضّامن والبدل الّذي دفعه إليه، إذ بعد فرض عود المتعذّر منه إلىٰ ملكه يخرج بدله عن كونه ملكاً له، لئلّا يلزم الجمع بين العوض والمعوّض

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١١١ سطر ٢٦.

عنه، ويرجع إلىٰ ملك الضّامن، ولا يستوحش من ذلك إذ من المعلوم أنّ الأحكام دائرة مدار العناوين العرفيّة، ولذا استشكلنا في المصعّدات من النّجاسات من الأبخرة، لو اجتمعت وتقاطرت مثلاً، لو قلنا بعدم انقلابها هواءً حين الصّعود، وانقلاب الهواء ماءً حين التّقاطر، إذ لا إشكال حينئذٍ في طهارته.

وامّا لو قلنا: بأنّ الصّاعد ليس إلّا الأجزاء الخفيفة المائيّة، وأنّها تتكاثر فتتكاثف[1] وتتقاطر، فيشكل الحكم بالطهارة، لكونها عين النّجس، غاية الأمر أنّه ارتفع بالتّخفيف حُكم النّجاسة عنه، لارتفاع العنوان عنه، ولا مانع[2] عن تأثيره في التّنجيس بعد ارتفاع الخفّة، ومثله الدَّم المُنْبَثُّ في الماء الكثير المستهلك فيه حال الكثرة، فلو جفّ الماء واجتمع الدّم فالظّاهر نجاسته، والسرّ في ذلك كلّه دوران الأحكام مدار العناوين، فافهم.

هذا فيما لو تعذّر العين عادة مطلقاً.

وامّا لو تعذّر عن ادائها عاجلاً، ولكنّه متيسّرٌ عنه بعد مُضيّ مدّةٍ، كأن حال بينه وبين العين حائلٌ لا يرجُع إلّا بعد مضيّ زمانٍ، أو كان العين في مكانٍ لا ينتقل إلىٰ بلدهم إلّا في زمان معتدٌّ به، فهل أدلّة الضّمان، وكونه في عهدته تقتضي تغريم الضامن لما يتضرّر به المالك من رفع سلطنته عن المال؟ ويدلّ علىٰ وجوب الخروج عن عهدة ما تضرّر به؟ أم لا تدلّ إلّا علىٰ وجوب ردّ العين، وامّا التّغريم بذلك فلا، بل المالك لابدّ أن يصبر إلى زمان تَيسّر الوصول، لعدم خروج العين عن ملكه، حتّىٰ يجب تداركه؟ وهذا بخلاف صورة التّلف أو ما في حكمه، لخروجها عن ملكه عرفاً، ومقتضى الضّمان وجوب تداركه في هذه الصّورة لا في صورة بقائها علىٰ ملكه وجهان:

ولكنّ مقتضى التّحقيق هو الأوّل، أعني وجوب تداركها مطلقاً، في كلّ مرتبة

---

١ ـ في الأصل: تتكاسف.

٢ ـ في الأصل: بالغ.

من المراتب، لما عرفت من أنّ الضمان بالشيء عبارةٌ عن الإلتزام به، وكونه في عهدته، ومعنى الالتزام بالشيء كونه بحيث مهما طلبه المالك مكّنه، بحيثُ لا يفوت منه شيء لو أراده، وكأنّه ملتزمٌ بابقاء المال تحت يد المالك، ومعلومٌ أنّ الالتزام بابقاء المال تحت يده ليس هو الإبقاء الحقيقي، إذ الالتزام بحقيقة الإبقاء لمن ليس في يده الإبقاء باختياره غير معقول، بل المراد أن يتدارك كلّما يتضرّر المالك لأجل هذه العين، وهذه قضيّة تقتضي في كلّ وقت شيئاً، ففيما بعد التّلف يقتضي أن يتداركه بدفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي، إذ لا أقرب منهما إليه، وهذا هو المقدار المتمكّن من الإبقاء في هذا الزمان.

وامّا لو حيل بينهما وكان العين باقية فمقتضى، ابقائها تحت يده تسليطه علىٰ شيء يساويها في الإنتفاع، ويكون أقرب انتفاعاً إليها من سائر الأشياء، فقضيّة ذلك تسليطه علىٰ مثل العين المتعذر عن تسليمها في المثلي والقيمة في القيمي، لينتفع بهما كما ينتفع في العين، لا تمليكه إيّاها بدلاً عن العين، بل دفعها إليه غرامةً عنها، فليس الغرامة عوضاً عن ذات العين حتّىٰ ينافي بقائهما علىٰ ملك مالكه، لاستلزامه الجمع بين العوض والمعوّض، بل هو غرامة عنها، ومدفوع لأجل تدارك ما فات منها من الإنتفاعات.

والحاصل: أنّ دفع المال إلى المالك بدلاً عن العين المتعذرة ليس إلّا لأجل الانتفاع، بدلاً عن الانتفاع بعينه، فهذا الدّفع في الحقيقة مرتبة من مراتب تدارك العين، لأجل تفويت منفعتها، فليس على الضّامن إلّا تمكينه على التسلّط علىٰ ما يساوي العين في الإنتفاع ويماثله فيه، ولأجل كونه من باب الغرامات ـ لا لأجل انتقال العين إلى القيمة عند التعذّر واشتغال ذمّته بها ـ ليس للضّامن إلزامه بقبول البدل إلى أن يتمكّن من اداء نفس العين، لأنّ سلطنته علىٰ ماله حقٌّ له، وله إسقاطه واستيفائه بتغريم الضّامن، وليس بمنزلة الدّين حتّىٰ يلزمه الضّامن بقبوله تحصيلاً لفراغ ذمّته، إذ لا اشتغال هنا بشيء ما لم يرد المالك استيفائها، وأمّا بعد الإرادة

فوجوب التّمكين حكمٌ تكليفي يَستكشف الحكم بالضّمان.

اللّهم إلّا أنْ يكون المورد بحيثُ لو لم يقبل المالك في هذا الجزء، وأسقط حقّه فيه، وكان المالك يلزمه فيما بعد هذا الجزء من الزّمان، كانت هذه السّلطنة ضرراً عليه، فلايبعد القول بجواز الإلتزام بالقبول لنفي الضّرر عنه.

ثُمّ إنّ مقتضى الالتزام بالخروج عن العهدة، وتدارك الفائت في جميع المراتب، هو التّسليط التّام علىٰ ما يساوي العين في زمان الحيلولة، ومعنى التّسليط التّام هو جواز التصرّف في المساوي كيف يشاء بما له من التصرّف في ملكه، حتّى التصرّفات الموقوفة على الملك، وإلّا فليس تداركاً للعين عمّا فات منها، ضرورة عدم تدارك هذه السّلطنة والتصرّف، والمفروض لزوم تداركه، فاذا تصرّف فيه بما يتوقّف على الملكيّة، فلابدّ من حصول الملكيّة قبل التصرّف آناً ما مقدّمةً لتدارك الفائت، نظير المعاطات على القول بالإباحة، وامّا حصولها قبل هذا التصرّف من أوّل الأمر فلايقتضيه، لأنّ الضّرورة تقدّر بقدرها. وقد عرفت أنّ مقتضى الخروج عن العهدة ليس في هذا المقام إلّا مجرّد التّسليط، وامّا التّمليك فلا، وحصوله في هذا الفرض من باب المقدّمة لا لأجل اقتضاء الإلتزام إيّاه.

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ وجوب دفع بدله الحيلولة عند المطالبة حين التعذّر إنّما هو لأجل اقتضاء أدلّة الضّمان ذلك، لكونه خروجاً عن عهدة العين في ذلك الزّمان، ولكنّه قد يتمسّك له بقاعدة السّلطنة، وتقريبه كما ذكره الشيخ‌ؒ في المكاسب:

«أنّ فيه ـ أي في دفع البدل ـ جمعاً بين الحقّين، بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضّامن عند التمكّن من العين، فانّ تسلّط النّاس علىٰ مالهم الذي فُرض كونه في عهدته، يقتضي جواز مطالبة الخروج عن عهدته عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم في تسلّطه علىٰ مطالبة القيمة للمثل المتعذّر في المثلي»[1]، انتهىٰ.

١ ـ كتاب المكاسب: ١١١ سطر ٢٥.

أقول: وفي الاستدلال نظرٌ، إذ لا تدلّ هذه الأدلّة إلّا علىٰ جواز تصرّفه في ملكه كيف يشاء، وتسلّطه عليه، وليس عين ماله في ذمّة الضّامن حتّىٰ يكون مسلّطاً علىٰ مطالبته، بل هو عينٌ خارجيٌ غيرُ متمكّنٍ من التصرّف فيه، لأجل الحيلولة الّتي تحقّقت بفعل الضّامن، ومعلوم أنّ هذه الأدلّة لا تدلّ على إثبات السلطنة علىٰ من صار سبباً لرفع سلطنته عن ماله.

وبعبارة اُخرىٰ: لا تدلّ هذه الأدلّة علىٰ وجوب تغريم من أزال سلطنة شخصٍ عن ماله ببذل بدله، إذ غاية مؤدّاها جواز تصرّف المالك في عين مِلْكه أينما وَجَده، كيف ولو دلّت علىٰ ذلك لما احتجنا في إثبات الضّمان إلى أدلّتها، بل تكفينا هذه الأدلّة، ومن المعلوم خلافه.

وبما ذكرنا من الوجه لعدم جريان أدلّة السّلطنة فيما نحن فيه ليلزم عدم انتقال المال إلىٰ ذمّة الضّامن، تبيّن الفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا تعذّر المثل في المثلي، إذ المثل ثابتٌ في ذمّته، فيكون مسلّطاً علىٰ مطالبته، بخلافه فيما نحن فيه.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ الدّليل الدالّ علىٰ وجوب دفع البدل، إنّما هو أدلّة الضّمانات لا دليل السّلطنة، وقد عرفت أنّ مؤدّاها وجوب دفع ما يساوي العين، مِثْلاً كان أو قيمةً، تداركاً لما أُزيل عنه يد المالك من السّلطنة والإنتفاعات عند تعذّرها، لا أنّها عِوضٌ عن نفس العين، بل هو تداركٌ لها من حيث الإنتفاعات. ومعلوم أنّ ذلك لا يقتضي مملوكيّة الغرامة للمالك، إذ الفائت ليس إلّا السلطنة، وامّا نفس العين فهي باقيةٌ علىٰ ملك مالكها، فمقتضى القاعدة بقاء نفس الغرامة علىٰ ملك الضّامن، من دون أن يتوقّف التصرّف على المملوكيّة، فانّه حينئذٍ يقتضي مملوكيّة الغرامة للمالك مقدّمةً لصحّة التصرّف حين إرادة التصرّف آناً مّا، إذ الضّرورةُ تقدّرُ بقدرها.

ولايخفىٰ أنّ هذا المقدار من الدّفع والمملوكيّة هو ما يقتضيه نفس الالتزام بالخروج عن العهدة، وامّا مملوكيّة الغرامة للمالك من أوّل زمان دفعها فلا يقتضيها

التزامه من حيثُ هو؛ ولكنّه لا مانع من كونه كذلك لو دلّ عليه دليلٌ آخر، مثل الإجماع، كما حُكي عن ظاهر «المبسوط» و«الغُنية»، والظّاهر أنّه ممّا لا إشكال فيه من حيث الفتوى، لعدم الوقوف علىٰ من أفتىٰ بخلافه.

وما قد يتوهّم: مِنْ كونه جمعاً بين العوض والمعوّض.

قد عرفت الجواب عنه، من أنّه ليس عوضاً عن نفس العين، بل عوضٌ عن السّلطنة عليه بعد فرض انعقاد الإجماع علىٰ كونه له، فما دامت السّلطنة فائتة فهي باقية علىٰ ملك المالك، كما أنّ العين أيضاً كذلك، وحين رجوع السّلطنة بردّ العين عليه يرجع الغرامة أو بدله ـ لو تصرّف فيه بما لايمكن ردّه بعد ـ إلىٰ ملك الضّامن، وإلّا يلزمُ الجمع بين العوض والمعوّض حينئذٍ.

وهل الغرامة المدفوعة يعود ملكها إلى الغارم بمجرّد طروّ التمكّن، فيضمنُ العين من يوم التمكّن ضماناً جديداً، أو أنّها باقيةٌ علىٰ ملك مالك العين، وكون العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمّة الغاصب، فلو تلف استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلّا حكمٌ تكليفيٌ بوجوب ردّه، وأمّا الضّمان وعُهدة جديدة فلا؟ وجهان:

أظهرهما الثاني، لإقتضاء قاعدة اليد الضّمان من زمان الغصب إلىٰ زمان الاداء ضماناً واحداً مستمرّاً، ومعلومٌ أنّ التمكّن من الأداء ليس للعين، فلم يتحقّق غاية الضّمان الثّابت أوّلاً، وليس هذه يداً جديدةً مغايرةً لليد الأُولىٰ حتّىٰ تقتضي ضماناً جديداً، مع أنّ مقتضىٰ ماذكرنا من كون الغرامة بدلاً عن السّلطنة المطلقة، عدم عوده إلىٰ ملك الغاصب ما لم تعد السّلطنة، وهي لا تعود إلّا بردّ العين المغصوبة، وقبله تكون باقية علىٰ ملك المالك، وتمسّك الشيخ‌﵀ في المكاسب لبقائه علىٰ ملك المالك، وعدم حدوث ضمان جديد باستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، وعدم طروّ ما يزيل ملكيّته عن الغرامة، أو يحدث ضماناً جديداً.

هذا، ولكن التمسّك بالاستصحاب في هذا المورد لايخلو عن إشكال، بناء علىٰ

ما هو المختار من عدم جريان الاستصحاب في الشكّ في المقتضي، لجواز كون مملوكيّة الغرامة ما دام متعذّراً عن ردّ العين ـ نظير ملكيّة الوقف ـ لا مطلق حتّىٰ لا يرتفع إلّا برافع، وإذا كان كذلك لا يجوز استصحابه لعدم إحراز كونه ممّا يقتضي البقاء في نفسه.



[الكلام في شروط المتعاقدين]

منها: البلوغ

واعتباره في صحّة العقد ممّا لا إشكال فيه، بل لا خلاف كما صرّح به بعضهم، فيبطل بيع الصّبي وكذا سائر عقوده، ولكنّ الحُكم بالبطلان مطلقاً ولو في صورة اذن الولي مشكلٌ، وإنْ كان ظاهر بعضهم ـ ممّن ادّعىٰ الإجماع عليه ـ التّعميم، كصريح بعضٍ حيث قالوا إنّ الصبيّ مسلوبُ العبارة فلا يترتّب على لفظه أثرُ أصلاً، ولا يتّضح الحال إلّا بتنقيح مدرك المسألة والتكلّم فيه.

فنقول: إنّ الأخبار الواردة في الباب علىٰ قسمين:

منها: ما صرّح فيه بعدم جواز أمر الصّبي في البيع والشّراء والنّكاح والطّلاق، مثل رواية حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام:

«إنّ الجارية إذا زوّجت، ودخل بها، ولها تسعُ سنين، ذهب عنها اليُتْم، ودُفع إليها مالها، وجازَ أمرها في الشّراء، والغلامُ لايجوزُ أمره في البيع والشّراء، ولايخرجُ عن اليُتْم حتّىٰ يبلغ خَمسة عَشَر سنة»[1].

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج١ باب ٤ ص٤٣.

وفي رواية ابن سنان: متىٰ يجوز أمر اليتيم؟

قالعليه السلام: حتّىٰ يبلغ أشُدَّه.

قال: وما أشدّه؟

قال: احتلامه»(١).

وفي معناها رواياتٌ أُخر.

والقسم الآخر: ما يدلّ علىٰ رفع القلم عن الصّبي كقوله صلى الله عليه وآله: «**رُفع القَلم عن ثلاثة: عن الصّبي حَتّىٰ يحتلم، وعن المجنون حتّىٰ يَفيق، وعن النّائم حتّىٰ يستيقظ**»(٢).

ولا يخفىٰ أنّ إثبات مسلوبيّة عبارته، بحيثُ لا يكون سبباً لوجوب الوفاء، حال كونه مأذوناً من الوليّ، مع كونه بمنزلة الآلة له في اجراء الصّيغة مشكلٌ، إذ الأخبار الاولة أعني ما صرّح فيه بعدم جواز أمره، **ففيه أوّلاً**:

إنّ لفظ الأمر ينصرف عند الإطلاق إلى أفعاله، نظير البيع والشّراء والإجارة والرّهن وغير ذلك، لا لفظ بعتُ واشتريتُ وأمثاله، فانّه لا يُطلق عليه لفظ الأمر عرفاً، فهذا إخبارٌ عن عدم جواز تصرّفاته التي بهذه المثابة، فيدلّ علىٰ نفي تحقّق البيع بفعل الصّبي، ولا يدلّ علىٰ مسلوبيّة عبارته، وعدم تأثير لفظه مطلقاً حتّىٰ مع اذن الوليّ.

وثانياً: علىٰ فرض شمول لفظ الأمر من حيث هو لذلك، فيدّعىٰ تقييده في المقام بالأُمورات المستقلّة، بقرينة إسناد الجواز إليه، إذ الجواز مرادفٌ للمُضيّ، فقوله عليه السلام «**لا يجوز أمره**» يعني لا يكون أمره ممضىً في نظر الشّارع، والمتبادر من هذه العبارة عند الإطلاق عدم مُضيّ الأُمورات الصّادرة عنه علىٰ نحو الاستقلال،

---

١ ـ الخصال: ٢ / ٤٩٥، وسائل الشيعة: ج١٨ باب ٢ ص٤١٢.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج١ باب ٤ ص٤٥.

لا الأمورات الصّادرة عنه باعانة الغير، والأمورات التي لايكون ذلك إلّا بمنزلة الآلة، كإيصال الهدية إلى الغير من قبل شخصٍ، أو إيقاع عقدٍ مع الطّرف الآخر بدلاً عنه، أو أوقع إيجاب نكاحٍ أو قبوله من قِبَل الغير، ما لايكون الصّبي فيه إلّا بمنزلة الآلة. ومن المعلوم أنّه لو فرض جواز هذه الأمور عليه لايكون ذلك منافياً لتلك الأخبار حتّىٰ يحتاج إلى ارتكاب التّخصيص، فافهم.

وثالثاً: سلّمنا شمولها لما نحن فيه، ولكن نقول انّ عدم الجواز لاينافي تأثيره مع اذن الولي، لما عرفت من أنّ الجواز مرادفٌ للمضيّ، ومعلوم أنّ المضيّ مقابل للوقوف، فيكون معناه أنّ أمر الصبيّ مطلقاً ـ حتّى العقود الصّادرة عنه ـ غير ماضٍ، ولا ينافي ذلك مضيّه مع اذن الولي وإجازته، لصدق الوقوف بالنّسبة إلىٰ ذات العقد، وذلك مثل قولنا إنّ عقد الفضوليّ غير ماضٍ بل موقوف على الإجارة.

وامّا القسم الثاني من الأخبار: وهو ما يدلّ علىٰ رفع القلم عن الصّبي، فيحتمل وجوهاً باعتبار مدلول اللّفظ، وإن كان معلومُ الإنتفاء:

أحدها: أن يكون المراد من القلم قلم التّقدير، ويعمّم متعلّقه بحيثُ يدلّ علىٰ عدم التعرّض بحال الصّبي أصلاً، بنحو من الأنحاء، وعدم تقدير شيء في حقّه من الأحكام مطلقاً، وضعيّاً كان أو تكليفيّاً، فمعناه أنّه لم يُقدّر في حقّ الصّبي حكماً من الأحكام، ولم يتعرّض الشّارع بحاله من حيث الحكم بنحو من التعرّض، فمقتضىٰ ذلك عدم صيرورة فعله مورد الأمر أصلاً، حتّىٰ سبباً لحكم آخر، ولو بالنّسبة إلىٰ فعل الغير، وهذا المعنىٰ بهذا النّحو من التّعميم غير مراد قطعاً، لصيرورته من حيث التعرّض أدون من الجمادات، إذ ربّ حكم وضعي ثابت لها بحيث يصير موضوعاً لتكليف المكلّفين، كسببيّة الخسوف وكذا الزّلزلة والكسوف لصلاتها، وكذا الدّلوك لوجوب صلاة الظّهر، وغير ذلك من الأحكام الوضعيّة.

وبالجملة: شمول الرّواية بهذه المثابة، بحيثُ يلزم من سببيّة الجناية الواردة منه علىٰ غيره لوجوب الدّية على العاقلة تخصيصٌ فيها بعيدٌ غاية البعد، بل غير

مقصود قطعاً.

ثانيها: رفع القلم المُثبت لأحكام خصوص الأناسي مِنْ حيثُ كونهم أصنافاً مطلقاً، وضعيّاً كان أم تكليفيّاً، فلاينافي ذلك ثبوت الأحكام الوضعيّة الثّابتة في حقّه، ـ لا من حيث كونه منهم كالأمثلة السّابقة ـ، ولكنّه يخرج بها علىٰ هذا التّقدير ما للقصد والإدراك فيها مدخليّة ـ وضعيّاً كان أو تكليفيّاً ـ فهي تدلّ حينئذٍ علىٰ خروج الصّبي عن موضوع الأحكام الثّابتة لهم، ويخرج عن زمرتهم حكماً.

ثالثها: رفع خصوص قلم المؤاخذة، فعلىٰ هذا ينفي الأحكام الإلزاميّة من التكليفات في حقّه وهذا المعنى الأخير وإنْ أمكن دعوىٰ ظهور الرّواية فيه فيصير أجنبيّاً عن المقام. إلّا أنّ مرادفته مع النّائم والمجنون في رفع القلم عنهم يشعر بإرادة المعنى الثاني، إذ العقل مستقلّ برفع المؤاخذة، فلا فائدة معتدّ بها فيها، وهذا بخلاف ما لو حملناها على المعنى الثاني، إذ في الأخبار برفع مطلق الأحكام من الفوائد ما لا يخفىٰ.

ويؤيّد هذا المعنى ما ورد في الأخبار من أنّ عمد الصّبي وخطأه واحد، فيستفاد منها أنّ كلّ حكمٍ أُنيط بالقصد ليس مجعولاً في حقّه، لأنّ قصده بمنزلة العدم، فلا عبرة بقصده، ولهذا ذكر الشيخ‏ﷺ في «المكاسب» من أنّه يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل الصّبي والمجنون استظهار المطلب، يعني مسلوبيّة عبارة الصّبي، وهو ما عن «قُربُ الإسناد» بسنده عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن عليّ‏عليه السلام أنّه كان يقول:

«المجنونُ والمعتوه الّذي لا يَفيقُ، والصّبي الّذي لم يبلغ، عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم»[1] انتهىٰ.

فانّ ذكر رفع القلم في الذّيل ليس له وجه ارتباط إلّا بأن تكون علّة لأصل

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٩ باب ٣٦ ص ٩٠.

الحكم، وهو ثبوت الدّية على العاقلة، أو بأن تكون معلولة لقوله «عمدهما خطأ»، يعني أنّه لمّا كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشّارع وفي الواقع رُفع القلم عنهما.

ولكن يمكن أنْ يراد برفع القلم عنه عدم الاعتناء بأفعاله، والأخذ بمؤدّاه، كما يعتنىٰ بأفعال المكلّفين، ويؤخذ بالتزاماتهم.

فمحصّله: أنّ أعمال الصّبي غير معتنىً بها، فلازمه رفع الأحكام المسبّبة عن الاعتناء بالفاعل من حيث صدور الفعل عنه كالمؤاخذة على أفعاله، والالتزام بالوفاء بالتزاماته، وغيرها من اللّوازم، ومعلوم أنّ الاعتناء بالفاعل من حيث كونه فاعلاً انّما يكون بعد صدور الفعل عنه قاصداً له، فمنشأ الاعتناء هو القصد، فمعنى عدم الاعتناء بالصّبي عدم اعتبار قصده، وأنّه بمنزلة العدم في نظر الشّارع.

ويؤيّد هذا المعنى أيضاً ما ورد من أنّ عمده خطأ، فعلىٰ هذا يرتفع عنه بهذا الخبر الأحكام المجعولة في حقّهم في حال العمد دون حال الخطأ، ويُشعر بذلك الخبر المتقدّم، حيث أنّه أثبت الدّية على العاقلة دون القصاص الّذي هو من أحكام القتل العمدي بقوله عليه السلام **«رفع القلم»**.

هذا، ولكن يشكل ما عدا الوجه الثّالث، أعني رفع خصوص قلم المؤاخذة، بما ذهب إليه المشهور من شرعيّة عبادات الصّبي، إذ المشروعيّة فرع كونها مأموراً بها، فعلىٰ هذا ليس كونه مأموراً به مرفوعاً عنه، مع كونه من أحكام الأناسي، ونشأ من الاعتناء بالمأمور.

ولكن يمكن التفصّي عنه: بأنّ الظّاهر من رفع القلم وعدم الاعتناء به، عدم إيراده في موقف الحساب، وعدم أخذه بما فعله، فهو مساوقٌ لقولنا إنّ له أنْ يفعل ما يشاء. ومعلومٌ أنّ معنىٰ ذلك عدم ترتّب الضّرر عليه من حيث مؤاخذة فعله بوجه من الوجوه، دنيويّة كانت أو أخرويّة، ولا ينفي ذلك عدم ترتّب الثّواب علىٰ فعله لو فعل ما فيه المصلحة والحَسَن، فنفي ترتّب الضّرر ينفي المؤاخذة المترتّبة علىٰ ترك الواجب، فينفي وجوبه ولا ينفي استحبابه، بل ثبوت المقتضي في الفعل يقتضي

صدور الامر بالنسبة إليه وطلبه منه، لكن لا علىٰ نحو الإلزام، لثبوت المانع عن الإلزام وحده، إمّا عن أصل الطّلب، وهو كونه غير معتنىً به، وعدم الإعتناء به غير موجب لتقييد حُسن الفعل بكونه عن غيره، فافهم وتأمّل.

ولكن لايخفىٰ أنّ هذا الجواب لايتمّ إلّا على التّوجيه الأخير، وامّا بناءً علىٰ كون المرفوع هو الأحكام الثّابتة لنوع الإنسان فلا، إذ لا شبهة في شموله للمستحب لاختصاصه بهذا النّوع.

* * *

[في أن عمد الصبي خطاء]

بقي الكلام في الأخبار الّتي دلّت على أنّ عمد الصّبي خطأ، حيثُ استُظهِر دلالتها علىٰ مسلوبيّة عبارته، كما حكينا عن الشّيخ ﷺ:

فنقول: إنّ دلالتها عليها مشكلٌ، كالأخبار المتقدّمة عليها، لإمكان دعوىٰ ظهورها في رفع الأحكام الثّابتة للشّيء بوصف كونه متعمّداً بقرينة تقارنه مع الخطأ، إذ الظاهر حينئذٍ مدخليّة هذين الوصفين في موضوع الحكم، لا أنّ الحكم المرفوع محمولٌ علىٰ ذات الشّيء مع قطع النّظر عنها.

ويؤيّد هذه الدّعوىٰ خصوص الرّواية المتقدّمة الواردة في قتل الصّبي والمجنون، حيثُ أثبت آثار الخطأ أعني الدّية على العاقلة، ونَفىٰ عنه آثار العَمد، وفرّع الحكم علىٰ كون العمد خطأ، بل يمكن دعوىٰ صرف هذه الرّواية ظهور خبر رفع القلم، حيثُ قال في ذيله «**وقد رُفع القَلَم عنهما**»[1]، فتأمّل.

وأيضاً يؤيّد هذه الدّعوىٰ تمسّك العلماء بهذه الرّوايات في خصوص الجنايات

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٩ باب ٣٦ ص ٩٠.

دون مطلق الأحكام في مثل المقام، وهذا كاشف عن عدم دلالتها عليه.

امّا الكلام في الإجماع فنقول: إنّ انعقاده علىٰ مسلوبيّة عبارته في الجملة، ومجرّدة عن التصرّف فممّا لا تأمّل فيه ولا إشكال، ولكنّه علىٰ نحو الكلّية فغير معلوم، فلابدّ من تشقيق الموارد حتّىٰ يتبيّن الحال ويتّضح مورد الإشكال.

فنقول: إنّ تصرّفات الصّبي علىٰ أقسام:

منها ما يستقلّ بالتّصرف، وهذا ممّا لا إشكال فيه ولا تأمّل في بطلانه، وانعقاد الإجماع عليه.

وقسمٌ منها ما يكون تصرّفه باذن الوليّ، باذنٍ مطلقٍ أو خاصّ، كالاذن في مطلق التّجارة أو تجارة خاصّة.

وهذا القسم ممّا أشكل فيه الحكم غاية الإشكال، حيثُ ادّعي فيه السّيرة علىٰ صحّته، وقد ادّعي الإجماع من غير واحدٍ علىٰ بطلانه، وإنْ تردّد بعضهم في المسألة في غير هذا المقام، إلّا أنّ الإنصاف أنّ تردّده غير مضرٍّ باعتبار إجماعه الّذي ادّعاه، وإنْ كان موهناً له في الجملة، إذ من الجائز عدم استحضاره لما هو موجبٌ للحدس في جميع الأوقات، نعم لمّا كان التّردد في المسألة محتملاً لتخطئة حدسه السّابق فلهذا يوهنه في الجملة.

ولكنّ الاحتمال بعيدٌ غاية البعد، وإلّا لصرّح بخطأه، خصوصاً تردّد بعض من نشاهد منه التردّد في المسائل الواضحة بعد دعوى الإجماع عليه لمحض الاحتمال.

وكيف كان، فلا شبهة في اعتبار الإجماع في المسألة بعد اعتضاده بالشّهرة المحقّقة، بل عدم ظهور الخلاف في هذا المقام.

ويدلّ علىٰ كون مسلوبيّة عبارته من المسلّمات، تشبّث بعضهم لتصحيح بعض المعاملات الصّادرة عن الصّبيان ببعض الوجوه الآتية، لتخصيص هذه القاعدة.

نعم يظهر من المقدّس الأردبيلي ـ علىٰ ما حُكي ـ القول بصحّة معاملاته، نظراً

إلىٰ عدم صلاحيّة ما ذُكر، لمانعيّته عن تأثير ما اقتضاه نفس العقد من الصحّة بعد إثبات شمول ما يقتضيها بالنّسبة إليه[١].

والإنصاف نهوض الإجماع المدّعىٰ في المقام علىٰ بطلان هذا القسم، حيث انّهم اشترطوا في العاقد البلوغ علىٰ نحو الإطلاق من غير تقييد بصورة استقلاله في العقد، ولم يجعلوه من المتفرّعات علىٰ محجوريّته عن التصرّف في ماله، بل عنونوا لهذا المبحث مقاماً غير مقام بيان الحجر عن التصرّف، بل لا يبعد شمول الأخبار الّتي دلّت علىٰ عدم جواز أمره، وإن ناقشنا فيه، إذ بعد اذن الوليّ يكون مستقلّاً في الأمر، فما يدلّ علىٰ مُضيّ أمره يشمله، فتأمّل.

ورواية رفع القلم تنهض عليه أيضاً في هذا القسم، علىٰ ما استظهرنا منها من دلالتها علىٰ عدم اعتبار أمر الصّبي برفع قلم الاعتبار عنه، إذ لو قلنا بالصحّة في المقام لكان أمره معتبراً بعد الإذن وقد نفاه إطلاق الخبر.

ويدلّ عليه بالتّوجيه الأخير أيضاً، أعني رفع القلم الثّابت لمطلق أحكام نوع الإنسان، ولذا ترى العلماء يستدلّون بها في هذا المقام، وفي مقام الحَجْر عن التصرّف في ماله، وبعد استنادهم في كلا المقامين بهذه الرّواية، لا شبهة أنّها كما تدلّ علىٰ ثبوت الحَجْر إلى زمان البلوغ، كذلك تدلّ علىٰ بطلان عقده إلىٰ هذا الزّمان.

وبالجملة: أنّ إيقاع العقد أمرٌ من الأُمور المعتبر فيها القصد، ليس للصّبي ارتكابه بمقتضىٰ هذه الرّواية، مع قطع النّظر عن كونه ممنوعاً عن التصرّف، فافهم.

ثمّ إنّه قد يتمسّك لصحّة معاملة الصّبي في هذه المقامات بالسّيرة، وباستلزام البطلان الحرج.

فنقول: امّا الحرج، إنْ أُريد به الحرج على البالغين لكثرة ابتلائهم بمعاملات الأطفال، حيثُ أنّ الغالب في الأسواق إقامة الأطفال مقام أوليائهم، فيبيعون

---

١ ـ مجمع الفائدة والبرهان: ٨ / ١٥٢.

ويشترون، فلو بُني على المجانبة عن معاملتهم لوقع في الضّيق.

ففيه: المنع عن لزوم الحرج، لوجود البالغين فيها أيضاً غالباً، نعم يلزم ذلك في بعض القرىٰ والمنازل الّتي نزل فيها المسافر، ذلك لأجل الانحصار. ومعلوم أنّ هذا المقدار من الضّيق لايوجب الحكم بالصحّة، بل عليه أن يعامل مع وليّـه، ولو لزم الحَجْر بالنّسبة إلى الشخص الخاص، إذ الحرج على الشّخص الخاص لايوجب رفع الحكم، خصوصاً في مثل هذه المقامات الّتي ليس المفرّ منها منحصراً، مع أنّ الحرج الشخصي لايوجب رفع الحكم الكلّي، غاية الأمر أنّه يرفع تنجّز التكليف بالنّسبة إلى الشّخص من باب المعذوريّة، لا أصل الحكم فهو نظير أكل الميتة.

إنْ قلت: بعد بناء النّاس على إقامة الصّبيان مقامهم في الأسـواق، يـوجب الاجتنابُ عن معاملتهم الحرج علىٰ نوع النّاس، حيث أنّ العادة جرت علىٰ معاملة الأطفال في أغلب الأشياء اليسيرة، والإجتناب عنها كلّيةً عُسر قطعاً.

قلت: بعد ورود النّهي عن معاملة الصّبيان لا يصلح ذلك لرفع التّكليف عن الاجتناب وصحّة معاملتهم، ضرورة كون الإقامة حينئذٍ مخالفة للنّهي، ومعصية له، وسببيّة المعصية لجوازه، ودفع التّكليف عنه غير معقول، لما يلزم من وجوده عدمه، وكل شيء كان كذلك فهو باطلٌ بالضّرورة.

نعم يوجب ذلك الحرج المسبّب عن العصيان نفي تنجّز التّكليف بـالنسبة إلى الأشخاص المبتلىٰ بها، لا رفع أصل التكليف، فهو حينئذٍ حَرَجٌ شخصي غير موجبٍ لتشريع أصل الحكم، بل يوجبُ معذورية من ارتكبه لأجل رفع الحرج كما لا يخفىٰ. نعم قد يتصوّر صيرورة العصيان المستلزم للحرج موجباً بالنّسبة إلىٰ غير العاصين لرفع الحكم، لأجل اندراجهم بسبب هذا العصيان في موضوع آخر، وذلك ليس في الحقيقة رفعاً للحكم، بل لأجل عدم تحقّق موضوعه بالنّسبة إلىٰ هذه الأشخاص.

وإن أُريد من الحرج لزوم الحرج على النّاس لكثرة اليتامى الصّغار، فلو بني علىٰ بطلان معاملتهم للزم أن يقوم بأمر كلّ من اليتامى أحد من المكلّفين، ليقضي

حوائجهم ويصلح أمورهم في جميع معاملاته الجزئيّة، وذلك حرج منفيّ في الشّريعة.

ففيه: أنّ ذلك وإن كان يوجب مزيد التكليف بالنّسبة، لكنّه ليس بحيث يوجب الحرج.

وإن أُريد من الحَرَج أنّ البناء على الاجتناب موجبٌ لترك معاشرة النّاس ومعاملتهم، للعلم بأنّ أغلبهم لا يبالون في معاملة الأطفال، بل يعاملون معهم معاملة الكبار، وذلك موجبٌ لاشتباه أموالهم بالحرام واختلاطها به، والإجتناب عنها كلّية حرج أكيد.

ففيه: أنّ ذلك ليس حينئذٍ إلّا مثل المعاملة مع الأشخاص الّذين نعلم إجمالاً بأنّهم في بعض الأحيان «**إذا كالُوهُمْ أو وَزَنُوهُمْ يُخْسِرون**»[1] فيفسدون معاملتهم، وكذلك يعاملون معاملة ربويّة في بعض الأوقات، وذلك غير موجب لوجوب اجتنابهم.

وان أُريد من الحرج الحرج على الصّبي، ففيه منع الحَرَج.

وامّا السيرة: فلم يتحقّق منها ما ينفعنا في المقام، لأنّه إنْ أراد منها قيامها علىٰ صحّة معاملات الصّبي ـ ولو في الأشياء اليسيرة ـ مطلقاً، ولو لم يكن باذن الولي بحيث كان الصّبي مستقلّاً في الأمر.

ففيه: من المنع ما لا يخفىٰ، بل يمكن دعوى الضّرورة علىٰ خلافها، وما يتحقّق منها في الخارج فمبنيٌّ علىٰ عدم مبالات من يعامل معه في هذه الصّورة قطعاً، وهذا هو القسم الأوّل من الأقسام الثلاثة الّتي ادعينا وضوح الحكم فيه، ونهوض الأخبار على المنع عنه.

وإن أراد القسم الثاني، أعني صحّة الأفعال الصّادرة عنه، حال كونه مأذوناً عن الوليّ في إيجاد الفعل، بحيث يُستند الفعل إلى الصّبي ويكون مستقلّاً فيه بعد

---

١ ـ سورة المطففين: آية ٣.

الإذن، فهذا أيضاً غير مسلّمٍ، ولو سُلّم قيامها في هذا القسم وتعارفه بين النّاس حيث ينصبون الأطفال مقامهم في الدّكاكين والأسواق، فنمنع كونها كاشفة عن رأي المعصوم إذ من الجائز ابتنائها علىٰ مسامحتهم العرفيّة.

وبالجملة: أنّ الاطمينان برأي المعصوم لايحصل منها في أمثال المقام.

نعم، يمكن دعواها في القسم الثّالث، أعني ما كان الصّبي بمنزلة الآلة، بحيثُ لا يترتّب علىٰ فعله من حيث أنّه فعله أثرٌ، بل يترتّب عليه الأثر لكونه كاشفاً عن رضا الآذن فيما أذن، علماً أو ظنّاً، فيترتّب عليه أثر الأذن، امّا علىٰ فرض العلم بحصول الإذن فواضحٌ.

وامّا علىٰ فرض حصول الظّن، فهو مبنيٌّ على القول بكفايته في ترتيب الأثر.

ويمكن دعوىٰ كون بعض الموارد الّتي ادّعي السّيرة فيها منه. ومعلوم أنّ هذا القسم ليس ممّا يعتبر فيه قول الصّبي أصلاً، بل الأثر انّما هو للرّضا لا لقوله.

وتنقيح هذا القسم يحتاج إلىٰ مزيد توضيحٍ.

فنقول: إنّ من الأشياء ما يكفي في جواز التّصرّف فيه مجرّد العلم برضاء مِنْ له الاذن، كتصرّف المُهدىٰ له في الهديّة بعد العلم برضا المهتدى، وكذا جواز الدّخول في الدّار بعد القطع برضا المالك، وكذا غيرها من التصرّفات. ولاريب في إباحة هذه التصرّفات مطلقاً، لو حصل العلم برضا المالك، لكونه من آثار نفس الرّضا المستكشفة بقوله. ومعلوم أنّ آثار الواقع تترتّب علىٰ فرض حصول العلم، من أيّ سبب كان، ولو قلنا بكفاية الظنّ في المقام، فيترتّب عليه أيضاً آثار الواقع علىٰ فرض حصول الظنّ.

ثُمّ أنّا لو قلنا بكفاية مطلق المراضات من المالكين في تحقّق المعاطات، أو المراضات المتعقّب بالتصرّف من غير أن يتوقّف على إنشاء الملكيّة من كلّ من المالكين للآخر، ـ ولايخلو عن وجه كما استظهرنا من دليلها ذلك في باب المعاطات ـ فلا شبهة في صحّة أغلب البيوع الصّادرة من الصّبيان، لو عَلم كلّ من

المالكين بوصول كلّ من العوضين إلى الآخر ـ كما هو الغالب ـ فيكون ذلك من قبيل دخول الحمّام، وشرب ماء السّقاء، وأخذ بقل البقّال، ووضع فلوسها في المكان المعدّ لها، وقد استظهرنا كونها معاطاةً مفيدةً للملكيّة، علىٰ ما هو الأقوىٰ من إفادة المعاطاة الملكيّة. فليس الصّبي في هذا المقام إلّا سبباً لحصول القطع بالرّضا. ولا ينافي ذلك القول بمسلوبيّة عبارته مطلقاً، كما ادّعي عليها الإجماع، ولا يبعد صرف السّيرة التي ادُّعيتْ في المقام إلى هذه الصّورة.

ثُمَّ لو قلنا بعدم كفاية مطلق المراضات، أو الرّضاء المتعقّب بالتصرّف في المعاطات، فلا شبهة أيضاً في جواز بعض التصرّفات المبتنية علىٰ مطلق الرّضا من غير احتياج إلى أمرٍ آخر، كجواز أكله، وبعض التصرّفات الأُخر الّتي هي من آثار مطلق الرّضا، إذ المفروض أنّها آثارٌ له، وهو متحقّقٌ على الفرض، فيترتّب أثره، فافهم وتأمّل.

❊ ❊ ❊

[قصد مدلول اللفظ]

مسألة: ومن شرائط المتعاقدين، قصدهما لمدلول الّلفظ، بمعنىٰ وقوعه في الخارج[1].

وهذا الشّرط ينحلّ عند التّحقيق إلىٰ شروط ثلاثة:

أحدها: أنْ يكون الّلفظ مقصوداً، لعدم معقوليّة كون المدلول مقصوداً من غير كون الدّال كذلك، فيخرجُ عبارة النّائم والغالط والسّاهي وأمثالها ممّا صدر لا عن قصدٍ والتفات.

ثانيها: أنْ يكون معناه الإنشائي أيضاً مقصوداً، إذ كيف يعقل إرادة وقوع المدلول في الخارج مع عدم ثبوت أصل المدلول أو قصده، فخرج ما إذا لم يكن المعنىٰ مقصوداً أصلاً، كما في الّلاغي، أو كان ولكن غير معناه الإنشائي، بأنْ قَصَد منه الإخبار أو الإستفهام، أو إنشاء معنىً غير مدلول الّلفظ مجازاً أو غلطاً.

وثالثها: أنْ يقصد وقوع المعنى وتحقّقه في الخارج، فيخرجُ مَنْ لم يقصد كذلك، كما في المستهزء حيثُ يقول «بعتُ» ويريد منه مدلول الّلفظ، ولكنّه لا يقصد تحقّقه في الخارج، نظير الأمر الصّوري، فهو شبيه الكذب في الأخبار.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١١٧.

وليس المراد من القصد هنا إرادة وقوع الأثر في الخارج عن طيب النّفس حتّىٰ يكون في مقابل المكره، بل المراد منه أن يكون إيجاد العقد لأجل تحقّق ذلك الأثر في الخارج، سواء كان راضياً بتحقّقه في الخارج أم كارهاً، ولا منافاة بينهما كما لا يخفىٰ علىٰ من له أدنىٰ تأمّل.

ثُمَّ أنّ هذه الشّروط الثّلاثة ممّا يُعتبر في تحقّق مفهوم العقد، وبدونها لا يتحقّق ماهيته أصلاً، لعدم صدق المعاهدة بدونها، ولذا لا يؤثّر الإجارة والامضاء فيما بعد فيما فات منه بعض تلك الشّروط، وهذا بخلاف بعض الشّروط الأُخر ممّا هو شرط في تأثيره ونفوذه، ككونه لا عن إكراه، أو صدوره عن المالك وغير ذلك، فانّها شرط في التأثير لا في تحقّق أصل الماهية.

فبهذا تبيّن الفرق بين هذه المسألة ومسألة اعتبار طيب النّفس، حيثُ أنّها من شرائط التأثير دون أصل الماهيّة، ولذا لو تعقّبه الرّضا لأثّر في ترتّب مؤدّاه، بخلافه فيما نحن فيه، لعدم صلاحيّة الّلفظ للتأثير رأساً، فافهم.

❊ ❊ ❊

[في الإختيار]

مسألة: ومن شرائط المتعاقدين الاختيار[1]

والمرادُ به وقوع العقد عن إرادته، بحيثُ يكون مستقلّاً في إيقاع مدلوله، فخرج به عقد المُكْرَه، فانّ وقوعه ليس بإرادة المُكْرَه واختياره، بل بسبب إلزام المُكْرِه بالكسر على إنشائه، فليس المُكْرَه بالفتح مستقلّاً في إيقاع العقد.

ويدلّ على اعتبار هذا القيد في تأثير العقد، مضافاً إلى الإجماع، قوله تعالىٰ: **﴿إلّا أنْ تَكُونَ تجارةً عَنْ تَراضٍ﴾**[2]، وقوله عليه السلام: «**لايَحلُّ مالُ امْرِءٍ إلّا عَنْ طِيْبِ نَفْسه**»[3]، وقوله صلى الله عليه وآله: «**رُفِعَ عن اُمّتي تِسْعَةُ أشياءَ (أو ستّة، ومنها) ما اُكرِهُوا عليه**»[4].

وليس المرفوع فيها خصوص المؤاخذة، بقرينة استشهاد الإمام عليه السلام في رفع بعض الأحكام الوضعيّة، كما في صحيحة البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام:

«**في الرَّجل يُسْتَكره على اليمين فيحلف بالطّلاق والعتاق وصدقة ما**

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١١٨.

٢ ـ سورة النساء: آية ٢٩.

٣ ـ عوالي اللئالي: ١ / ١١٣ حديث ٣٠٩.

٤ ـ وسائل الشيعة: ج ١٥ باب ٥٦ ص ٣٦٩.

يملك أيلزمه ذلك؟

فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله **وُضع عن اُمّتي ما اُكرهوا عليه، وما لم يُطيقوا، وما أخطأوا»**[١].

والحلف بالطّلاق والعتاق وإنْ لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلّا أنّ مجرّد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اُكرهوا عليه، يدلّ على أنّ المراد بالنّبوي ليس رفع خصوص المؤاخذة والعقاب الأخروي. هذا كلّه مضافاً إلى الأخبار الواردة في طلاق المكره بضميمة عدم الفرق.

ثُمّ أنّ الإكراه علىٰ ما يستفاد من كثير من اللّغويين[٢] القهر على ارتكاب الشّيء، أو الحمل على الفعل كُرهاً، فيعتبر في مفهومه الإجبار على الفعل، وهذا المعنىٰ هو المستفاد عن صاحب «الكشّاف» في تفسير قوله تعالىٰ: **﴿لا إكراه في الدّين﴾**[٣] حيث قال ـ علىٰ ما حكي عنه ـ بأنّه ليس بناء الدّين على الإجبار والقسر[٤]. وهذا المعنىٰ هو المتبادر في العرف أيضاً لو قيل إنّ فلاناً اُكره علىٰ كذا.

نعم يظهر من تفسير بعض اللّغويين أنّه حمل الشخص على الفعل المكروه[٥].

ولا يبعد أن يكون مراده الحمل الخاص، بمعنى إلزامه عليه، وإلّا فلا شبهة أنّ مطلق الحمل ولو بنحو من الإلتماس بارتكاب المكروه لايُعدُّ إكراهاً في العرف.

وبالجملة: لاريب في اعتبار القهر والإجبار في تحقّق الإكراه من حيث المفهوم، بحيثُ يخرج الفعل عن استقلال الفاعل، ويكون إيجاده بسبب إكراه المُكْرِه

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٣ باب ١٦ ص ٢٣٧.

٢ ـ قال أحمد بن فارس: كره، يدلُّ على خلاف الرضا والمحبة، يقال كرهتُ الشيء اكرهُه كرْهاً، والكُره الاسم. ويقال بل الكره المشقّة، والكره أن تُكلَّف الشي فتعمله كارهاً. معجم مقاييس اللغة: ٥ / ١٧٢.

٣ ـ سورة البقرة: آية ٢٥٦.

٤ ـ الكشاف: ١ / ٣٠٣.

٥ ـ لسان العرب: ١٢ / ٨٠.

لا بإرادة الشّخص واختياره.

ثُمَّ أنّ الفقهاء رضوان الله عليهم اعتبروا في تحقّق الإكراه شروطاً ثلاثة علىٰ ما يستفاد منهم:

أحدها: ايعاد المُكْرِه بالكسر علىٰ أمرٍ علىٰ فرض المخالفة.

وثانيها: ظنّ المُكْرَه بالفتح بترتّب ذلك الأمر المتوعّد عليه لو خالفه، ومعلوم أنّ هذا الظنّ انّما يتولّد من إحراز قدرة المُكْرِه على إيجاد ما وعده عليه، لأنّه لو لم يكن قادراً لما يظنّ الضّرر، فالقدرة أيضاً معتبرة.

وثالثها: كون الأمر المتوعّد عليه مضرّاً بحال الفاعل، أو متعلّقه، من نفس أو عرض أو مال.

والظّاهر أنّ هذه الشّروط معتبرة في تحقّق مفهوم الإكراه، بحيث لا يتحقّق عرفاً بدونها، لا أنّهم اعتبروها من دليل خارج، لما عرفت من أنّ القهر والإجبار معتبر في مفهومه، ولا يتحقّق القهر والإجبار بفقد واحد من تلك الشّروط، كما لا يخفىٰ عن من له أدنىٰ تأمّل.

ثُمّ أنّه هل يُعتبر في تحقّق مفهوم الإكراه عدم إمكان التفصّي أم لا؟

والظّاهر أنّ اعتباره في الجملة في تحقّقه ممّا لا تأمّل فيه، لعدم صدق الإكراه عرفاً علىٰ من أُكره علىٰ شرب الخمر، وكان المُكْرَه متمكّناً من عدم الشّرب بالخروج عن الدّار، وأمر غلمانه بدفع شرّه، عنه وغير ذلك من التفصّيات، مع أنّه لو لم يخرج عن الدّار ترتّب الضّرر عليه، لقدرته على الإيذاء في هذا المكان، ومع هذا لا يعدّ صدور الفعل عنه حينئذٍ إكراهاً، والسّر في ذلك أنّ ضرر المُكْرِه يرتفع بارتكاب أحد الأمرين، أعني ارتكاب الفعل، أو ما به يتحقّق التفصّي، فارتكابه أحد الأمرين إنّما هو باختياره وإرادته، فيكون مستقلّاً حينئذٍ في الفعل.

وإنْ شئتَ قلت: إنّ من شرائط تحقّق الإكراه قدرة المكلّف على إيجاد ما

أوعده، وليس فيما أمكن التفصّي له القدرة على الإطلاق، إذ في صورة التفصّي به لم يكن له قدرة على الإيذاء، مع أنّ ظنّ الضّرر في المقام ليس على الإطلاق، بل هو إنّما يكون علىٰ فرض عدم التفصّي، وترك التفصّي يكون باختيار المُكْرَه.

وكيف كان، فلا خفاء في اعتبار عدم إمكان التفصّي في صدق الإكراه، ولكنّ التأمّل في تعيين مقداره.

فنقول: إنّ التفصّي في كلّ شيء بحسبه، بحيثُ لايكون ارتكاب ما يتفصّى به أشقّ وأصعب من ارتكاب ما أُكره عليه، بل ليس ذلك في نظر العرف تفصّياً، لأنّه من قبيل ارتكاب ما هو أشدّ كراهة لدفع شرّ فعل مكروه، بل المناط في إمكان التفصّي هو أنْ يكون ارتكاب الفعل المتفصّىٰ به أهون للمُكْرَه من ارتكاب ما أُكره عليه، بحيثُ لو دار الأمر بين فعل أحدهما لجعل فعل ذلك مقدّمةً لترك ما أُكره عليه، ومعلوم أنّ العبرة بأسهليّة الارتكاب إنّما هو أسهليّته في نظر الفاعل، لا في نظر العرف، لأنّ المناط صدور الفعل لا عن استقلال، وهذا إنّما يتحقّق بالنّسبة إليه من غير مدخليّة لأهل العرف في ذلك، ففي كلّ مورد يكون ارتكاب ما يتفصّىٰ به أصعب في نظره يرتكب ما أُكره عليه عن إكراه.

وبعبارة أُخرىٰ: لابدّ في صدق التفصّي من أنْ لايكون ارتكاب الفعل المتفصّىٰ به محذوراً في نظره، ويكون تعلّق قصده بعدم وقوعه، فيكون ارتكابه لا عن طيب النّفس، وحينئذٍ فلا شبهة أنّ ذلك الفعل لايكون تفصّياً، لعدم الوقوع، وموجباً لخروج الفعل عن كونه مكرهاً عليه.

وقد يتوهّم: أنّ هذا المعنى الّذي ذكرناه لإمكان التفصّي، من وكوله إلىٰ نفس الفاعل، في الاهتمام بما يتفصّىٰ به وعدمه، موجبٌ لانفكاك معنى الإكراه في الأحكام الشرعيّة عنه في الأحكام الوضعيّة، إذ لا يلتزم أحدٌ بحليّة خمر أُكره علىٰ شربه، مع إمكان التفصّي بارتكاب أفعال مباحة تعلّق غرض الفاعل بعدم وقوعه في الخارج، كالمعاشرة مع النّاس، ورفع اليد عن مطالعة يومه وليلته، أو ترك صلاة النّافلة مثلاً،

مع أنّ ارتكاب هذه الأشياء من المكروهات الشّديدة، بحيثُ بنى علىٰ عدم إيقاعها في الخارج، ومثل هذا الاهتمام موجبٌ لتحقّق صدق الإكراه بناءً علىٰ ما ذكرنا، مثلاً لو أُكره علىٰ معاملة كذائيّة، وكان التفصّي عنها موقوفاً علىٰ رفع اليد عن مطالعة يوم وليلة، وكان ذلك نقضاً لغرضه ومكروهاً تحقّقه في الخارج، فأوقع المعاملة، يصدقُ الإكراه بناءً علىٰ ما ذكرناه، ويرتفع أثره من النّقل والانتقال، مع أنّه في مثل ذلك المقام لا يلتزم أحدٌ بحلّية الخمر.

لا يقال: إنّ ارتكابه وقع عن إكراه، بل لو ادّعاه الفاعل لكذّبه أهل العرف، فلابدّ أن يكون علىٰ هذا معناه في التكليفيّات مغايراً مع معنى الإكراه في الوضعيّات.

ولكنّ التوهّم مدفوعٌ: بأنّ الملحوظ في صدق التفصّي في الأحكام ليس هو اعتبار الفاعل وقصده عدم وقوع الفعل المتفصّىٰ به، بل المدار في ذلك هو قصد الشّارع، إذ ليس قصد الفاعل في التكليفيّات إلّا تحصيل غرض المولىٰ، فالمدار علىٰ غرضه، فلابدّ أنْ يُلاحظ حينئذٍ أنّ الشّيء الفلاني في نظر الشّارع هل يصدق عليه التفصّي عن ارتكاب شرب الخمر، بحيثُ لا يكون شرب الخمر حينئذٍ مُكْرَهاً في نظر الشّارع ولو دار الأمر بين ترك الشّرب وارتكاب ذلك لجَعل الإرتكاب مقدّمة للترك، فلا يحلّ الشّرب حينئذٍ، بل يبقىٰ حينئذٍ علىٰ حرمته، فالإكراه في كلا المقامين علىٰ معنىً واحد، غاية الأمر أنّ صدق التفصّي في المعاملات وأمثالها دائرٌ مدار اعتبار نفس الفاعل بالفعل المتفصّي به، وفي الشرعيّات يدور مدار اعتبار الشّارع.

هذا كلّه ما لم يكن ارتكاب المتفصّىٰ به ضرراً علىٰ نفسٍ أو عرضٍ أو مالٍ، وإلّا فلا يتحقّق التفصّي أصلاً، لا في الأحكام الشرعيّة ولا في الوضعيّات، لعدم صدق التفصّي مع التضرّر، ما لم يكن الضّرر يسيراً بمقدار لا يعتني به العرف، وإلّا فيصدق التفصّي أيضاً.

ولا يخفىٰ أنّ الضّرر المانع عن صدق التفصّي، هو ما إذا لم يكن الضّرر مقدّمة لتحصيل ترك ما أُكره عليه، مثلاً لو أُكره على شرب الخمر، وكان ترك الشّرب

متوقّفاً علىٰ مقدّمة لابدّ فيها من صرف المال، فلو ارتكب الشّرب حينئذٍ لم يكن معذوراً، لعدم كونه مكرهاً، لتمكّنه من الترك، غاية الأمر أنّ للترك مقدّمة، تحتاج إلىٰ صرف المال، وهذا لا يخرجه عن كونه متمكّناً، وإلّا فاللّازم من ذلك سقوط التّكاليف التي تكون متوقّفة علىٰ صرف المال مقدّمة للامتثال، كشراء الماء للوضوء وغير ذلك عن كونها تكليفاً.

هذا كلّه ما إذا لم يستلزم تحصيل المقدّمة إجحافاً في صرف المال، وإلّا فيصير حينئذٍ ـ أيضاً ـ من الموارد الّتي لايمكن في نظر العرف، لصدق الضّرر حينئذٍ. وقد عرفت أنّ ارتكاب الضّرر ليس تفصّياً، ولو كان يسيراً، ما لم يبلغ بحيثُ لا يعتني به أهل العرف، كيف ولو كان التضرّر تفصّياً، لكان تحمّل الضّرر الذي يُوعد عليه علىٰ ترك الفعل من إحدى التفصّيات، وهو بديهيّ البطلان، كما لا يخفىٰ.

❊ ❊ ❊

ثُمّ إنّ ما ذكرناه من خروج الفعل عن كونه مكرهاً عليه، مع إمكان التفصّي، يُشكل الحال في التّوريه، ضرورة إمكانها في أغلب الموارد، من البيع والطّلاق والعتاق وغيرها من الموارد، فاللّازم عدم صيرورة الفعل مُكْـرَهاً عـليه في تـلك الموارد، ضرورة أنّه حيثُ تمكّن المكرَه من قصد الأخبار في قوله (بعت)، ومع ذلك قصد الإنشاء لايكون مكرهاً في إيجاد البيع، لأنّه يكفي في اختياريّة الفعل اختياريّة واحد من مقدّماته، فينحصر صورته فيما إذا لم يلتفت إلى التّوريه، أو كان المكره مطّلعاً على السّرائر.

وهذا بعيدٌ غاية البعد، بل ضروريّ البطلان، لكونه مخالفاً للإجماع، بل ظواهر النّصوص، حيثُ لم يعدَّ أحدٌ التفصّي عن التّوريه تفصّياً.

وقد يُتفصّىٰ عن الإشكال بوجوهٍ غير خالية عن النّظر:

أحدها: أنّ جريان حكم الإكراه مع القدرة على التّوريه تعبّدي، لا من جهة

صدق حقيقة الإكراه.

وتوضيحه: أنّ إمكان التفصّي وإنْ كان مُخرجاً للفعل عن كونه مكرهاً، حتّىٰ في صورة إمكان التّورية، ضرورة أنّ الضّرر المتوعّد عليه انّما يتوعّد علىٰ ترك ما أُكره عليه، وترك التفصّي معاً ترك خصوص ما أُكره عليه، فهو مختار في ارتكاب كلّ منهما لدفع الضّرر، ولا يصدرُ كلّ منهما حينئذٍ إلّا باختياره فلا إكراه، وليس التفصّي من الضّرر أحد فردي المكرَه عليه، حتّىٰ لا يوجبُ تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما، كما لو أُكره على أحد أمرين، حيث يقع كلّ منهما مكرهاً، لأنّ الفعل المتفصّىٰ به مسقط عن المكره عليه لا بدل له، ولذا لا يجري عليه أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

وما ذكرنا وإن كان جارياً في التّوريه، إلّا أنّ الشّارع رخّص في ترك التّوريه بعد عدم إمكان التفصّي بوجه آخر، لما ذكرنا من ظهور النّصوص والفتاوىٰ في ذلك، وبعد حملها علىٰ صورة العجز عن التّوريه، مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأُشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه.

ومحصّل ما ذكرنا: أنّ الفعل وإنْ كان حينئذٍ مختاراً فيه، إلّا أنّ الشّارع رتّب عليه حينئذٍ آثار الإكراه، فيكون الفعلُ مكرهاً عليه حُكماً لا حقيقةً.

ولا يخفىٰ أنّ هذا التّوجيه بعيدٌ غاية البعد، حيثُ أنّه عُلّل رفع أثر الطّلاق والعتق وغيرها في غير واحد من الأخبار حال كونه مكرهاً عليه بوضع أثر الإكراه، ففي كلّ مورد لا يتحقّق الموضوع كيف يُحكم برفع أثره؟، والتزام استعمال الإكراه في هذا المقام في غير معناه الحقيقي كما ترىٰ.

الثّاني: إنّ اللّفظ الّذي هو جزءُ السّبب فيما يمكن التّورية فيه بإرادة المعنى الآخر مكرهٌ عليه بلا شبهة، وهذا المقدار يكفي في عدم ترتّب الأثر على الفعل، وإن كان صدور الفعل عن اختيار لاختياريّة بعض مقدّماته، بل لا يتحقّق الإكراه في الحقيقة في أغلب الموارد من العقود والإيقاعات، كالبيع والإجارة والطّلاق

والنّكاح وغير ذلك، إلّا بالنّسبة إلىٰ إيجاد السّبب، أعني لفظ العقد، لأنّ إيجاد حقيقة هذه الأشياء يتوقّف علىٰ قصد الإنشاء، وهذا أمرٌ معنوي لا يعقل الإكراه عليه إلّا من المطّلع على السّرائر. ففي الحقيقة ليس الإكراه على البيع إلّا الإكراه على السّبب، الّذي هو لفظة (بعت) الّذي هو كاشفٌ عن إيقاع البيع في الخارج بحسب الظّاهر، من بناء العقلاء على العمل علىٰ ظواهر الألفاظ. فعلىٰ هذا أكرهه على التلفّظ بشيء يكون بحكم العرف ـ لأخذهم بظواهر الألفاظ ـ موجباً للحكم بحصول التّمليك، وإلّا فقد عرفت أنّ الإكراه على إيقاع البيع غير متصوّر.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ الشّارعَ رفع أثر هذا الشّيء المُكْرَه عليه.

وتوضيح ذلك: أنّ حصول البيع في الخارج متوقّفٌ علىٰ تأثير الّلفظ، وصلاحيته لكونه جزءً للسّبب، وبعد حكم الشّارع بدفع أثره، وعدم قابليّته لحصول النّقل والإنتقال به، يخرج هذا الّلفظ عن صلاحيته، لكونه جزءٌ للبيع الاختياري.

والحاصل: أنّ البيع الواقعي الّذي يترتّب عليه الأثر في نظر الشّارع، يكون جميع أسبابه المستندة إلى البايع اختيارياً، وامّا لو كان واحدٌ منها مُكرهاً عليه لايترتّب عليه هذه الآثار، بل لا يتحقّق البيع في الخارج في نظره، لتوقّفه علىٰ جميع الأسباب، والمفروض أنّ السّبب المُكْرَه عليه لا أثر له:

هذا، ولكن يشكل هذا الفرق بما ذكروه من التفريع، من أنّه لو أُكره على إيقاع بيعٍ صحيح أو فاسد، فاختار الصّحيح يقعُ البيع، لعدم حصول الإكراه بالنّسبة إليه، مع أنّه لا شبهة في كون لفظ (بعت) الّذي أنشأه لإيقاع الصّحيح هو مكرهٌ عليه، لكونه الجامع بينهما، وارتفاع أثره موجبٌ لعدم تحقّق البيع في الخارج، ولو في ضمن الصّحيح، مع انّهم لايلتزمون به، وكذا يشكل في موارد أُخر.

وبالجملة: الظّاهر عدم كون ذلك مناطاً في رفع الأثر، بل المناط هو صدق كون الفعل مكرهاً عليه، ولا يصدق عليه ذلك بعد اختياريّة واحد من مقدّماته،

كما لا يخفىٰ.

الثالث: الفرق بين التفصّي بالتّوريه والتفصّي بغيرها في نظر العرف، حيثُ أنّهم يحكمون بتحقّق الموضوع في الأوّل دون الثّاني، وهذا يكفي في رفع الأثر الأوّل دون الثّاني، لصدور الأخبار بحسب متفاهم العرف.

وفيه: بعدم تسليم الفرق، أنّ فهم العرف انّما يكون متّبعاً في مداليل الألفاظ لا في تعيين الصّدق، وليس الإشكال في استفادة المعنى، إذ ليس المفهوم في المقام مجملاً لما ذكرنا من دلالته على الإجبار والقهر بمقتضىٰ فهم العرف، وبعد تعيين معناه لو كان شيءٌ في نظر العرف مصداقاً له، ونحن نعلم عدم صدق المفهوم عليه بخطأهم في فهمهم ولا يوجب فهمهم، ذلك تنزيل الرّواية عليه، لأنّ موضوعها الإكراه، ونحن نعلم عدم تحقّقه في المقام، كما لا يخفىٰ.

هذا، ولكنّ الإنصاف أنّ الأشياء الّتي يكون المُكْرَه بسببها مختاراً في إيجاد المُكره عليه بحيث لا يترتّب علىٰ تركه الضّرر المتوعّد عليه علىٰ قسمين:

قسم: يكون إيجاده سبباً لرفع الإكراه عن أصله، ولا يترتّب علىٰ ترك ما أُكره شيء من الضّرر، سواء عَلم المُكْرَه بالتّرك، أم لم يعلم، مثل ما أُكره علىٰ شرب الخمر، وكان متمكّناً من ترك الشّرب بالخروج عن المجلس وأمره خدّامه علىٰ دفع شرّه، وهذا التمكّن في الحقيقة يرفع موضوع الإكراه، إذ من مقوّمات مهيّة الإكراه قدرة المُكْرِه على إضراره لو امتنع عن إيجاده، وكذا خوف التضرّر في التّرك، مع أنّ المفروض علمه بعدم التضرّر على التّرك لو خرج عن المجلس مثلاً، ولذا لا يكون المُكْرَه مع علمه بالامتناع قادراً على اضراره، وعلى هذا لو لم يتفصّ وارتكب الشّرب، يَصدق انّه شرب الخمر بإرادته واختياره، ولم يكن مُكْرِهاً في الفعل، لعدم تحقّق شرائط الإكراه لعدم خوف التضرّر على التّرك.

وإنْ أمكن المناقشة فيه بأنّ خوف التضرّر على التّرك حاصلٌ عند عدم ارتكاب ما يتفصّىٰ به، فالإكراه صادق.

ولكنّ الانصاف عدم تحقّق الخوف مع تمكّنه من التفصّي، إذ الخوف علىٰ تقديره معناه عدم الخوف المحقَّق فعلاً، مع أنّ الخوف أمرٌ قلبي لا يتحقّق مع اطمئنان القلب بتمكّنه من رفع شرّ الإكراه.

والحاصل: أنّ المكره في هذا القسم من الإكراه متمكّنٌ من ترك الفعل، ودفع شرّ المكره، ودفع تمكّنه عن اضراره، كما لا يخفىٰ.

وقسم: لا يكون المُكْرَه بالفتح قادراً عن دفع تمكّن المُكْرِه عن اضراره، ويكون الضّرر المتوعّد عليه مظنونُ الترتّب ـ علىٰ فرض الإمتناع، لو علم المُكْرِه بالامتناع ـ فلا يكون المُكْرَه في هذا القسم قادراً علىٰ رفع الإكراه، بخلاف القسم الأوّل، ولكنّه متمكّنٌ من عدم إيجاد ما أُكره عليه، بإيجاد ما يشابهه في الصّورة، واشتباه الأمر على المُكْرِه، ومعلومٌ أنّ القدرة على الإشتباه لا توجب رفع موضوع الإكراه، بل لو أوجد ما يشابه المُكْرَه عليه بحيث يشتبه على المُكْرِه أنّه أوجده يصدُق علىٰ ما أوجده أنّه مشابهٌ لما أُكره عليه حقيقةً، ولو أوجد نفس ما أُكره يصدق عليه أنّه أُكره بهذا الفعل حقيقةً، إذ ليس معنى الإكراه أنْ لا يكون مختاراً في أصل الفعل أصلاً، بل المراد أن يكون إرادته في الفعل مقهوراً لإرادة شخصٍ آخر، بحيثُ لا يكون مستقلاً في الفعل. وتمكّنه من الاشتباه غير موجب لاستقلال إرادته، لمقهوريّته في إيجاد شيء من الأشياء، وكونه مكرهاً عليه، امّا نفس الفعل أو ما يشابهه، فأيّهما يصدر منه كان عن إكراهٍ، وبعد رفع الشّارع أثر الإكراه، يرتفع أثر هذا الفعل.

إنْ قلت: إنّ مقتضىٰ ما ذكرت أنّه لو أُكره علىٰ جنس وكان تحته صحيحٌ وفاسد، لو اختار الصّحيح أنْ لا يتحقّق البيع صحيحاً، لكونه مكرهاً عليه، مع أنّك لا تلتزم به؟

قلت: فرقٌ بين ما نحن فيه وبين الإكراه على الجنس، لأنّ الإكراه فيما نحن فيه تعلّق بالفعل الخاص، وليس المشابه مُكْرَهاً عليه في الحقيقة. غاية الأمر أنّه مُكْرَهٌ

عليه صورةً، فانّ الإكراه لا يتعلّق به أصلاً، ولكنّه لمّا أوجد الفعل الذي أُكره عليه يكون هذا هو المكره عليه صورةً.

وبالجملة: أنّ المكره عليه إنّما هو خصوص الفعل، فارتفع أثره، وهذا بخلاف الإكراه على الجنس، إذ الجنس من حيثُ هو لا أثر له حتّىٰ يرتفع بالإكراه، بل الأثر إنّما هو للخصوصيّة، وليس في إيجاد الخصوصيّة مكرَهاً عليه، وأمّا أنّه لا أثر لنفس الجنس، فلأنّه لو كان الأثر لنفس الجنس لامتنع تخلّفه عنه، مع أنّ الجنس يتحقّق في ضمن الفاسد بلا أثرٍ، فيكشفُ ذلك عن عدم كون الأثر للجنس، فافهم وتأمّل.

وقد اِستَدِلّ علىٰ رفع أثر فعل المُكْرَه في المعاملات، بما يدلّ علىٰ عدم حلّية مال الغير إلّا عن طيب نفسه وما لم يكن تجارة عن تراضٍ، ونسبته هذه الأدلّة مع حديث الرّفع العموم والخصوص من وجه، لصدق الحديث في رفع الأحكام التّكليفيّة، مثل حرمة شرب الخمر حال الإكراه، بخلاف هذه الأدلّة حيث أنّها في خصوص المعاملات. وامّا صدقها بدونه، كما لو التمسه في إيقاع معاملة مِنْ لا يسعه مخالفته، فأوقعه حياءً، بحيث لايكون البائع مثلاً مستقلّاً في إرادته، إذ ربّما يوجد مرتبةً من الحياء، ويتحقّق مقدار من الالتماس بحيث لايكون الإنسان متمكّناً من ترك الفعل، فيوقعه حياءً، ولايكون طيب النّفس به كما لايخفىٰ.

وهذه الأدلّة تدلّ علىٰ رفع آثارها. ومعلومٌ أنّه لا يصدق الإكراه في أمثال هذه المقامات، وقد يتصادقان كما في المعاملات المُكْرَه عليها.

وليعلم أنّ المراد بطيب النّفس، وكذا التّراضي في التّجارة، ليس هو محبوبيّة الفعل، وكون الفاعل راضياً من حيث هو، لأنّه كثيراً ما يَكْرَه الإنسان بعض المعاملات، ويحبّ عدم وقوعها أصلاً، كبيع داره أوكتبه الّتي يحتاج إليها دائماً، بل مكرهٌ في غاية الكراهة، بل المراد استقلاله في الأمر، واختياره بنفسه بعد ملاحظة الجهات، بحيث لايكون استناد صدور الفعل إلىٰ غيره، هذا هو معنىٰ طيب النّفس والرّضا بالفعل.

وإنْ شئت قلتَ: إنّ هذه الأفعال وإنْ كانت مكروهة في نفسها، ولكنّ الفاعل بعد ملاحظة جهات الفعل، واحتياجه إلى ثمنه مثلاً، والجائه إلى إيقاع الفعل، يختار عن طيب النّفس، كيف وقد يتشبّث بأذيال من يتوسّط في رضاء الطّرف المقابل بإيقاع العقد في هذه المعاملات، لشدّة الحاجة إليها، وهل هذا إلاّ من كثرة طيب النّفس بها بعد ملاحظة الحاجة إليها، فالرّضا المعتبر في ترتّب الأثر إنّما هو كون الفاعل مختاراً في فعله، إنْ شاء فَعَل وإنْ شاء تَرَك، كما لايخفىٰ.

ثمّ أنّه لو أُكره علىٰ جنسٍ كان تحته صحيحٌ وفاسدٌ، فاختار الصّحيح، كان صحيحاً، لما عرفت آنفاً من أنّ الجنس لا أثر له حتّىٰ يرتفع، وهو في الخصوصيّة مختار فيترتّب عليها أثرها، وامّا لو كانت الأفراد المندرجة تحته جميعها ذا أثر كالإكراه علىٰ بيع داره أو عبده أو فرسه وغير ذلك، فاختار كلّاً منها يقع باطلاً، إذ الأثر إنّما هو للجنس، بمعنى أنّه أُكره علىٰ أمرٍ ذي أثر، ولو كان الجامعُ أمراً منتزعاً كعنوان أحدهما المردّد بين شيئين، إذ يكون في كلّ منهما أثر، إذ لا فرق بين كون الجامع متّصلاً أو منتزعاً، وقد رفع الشّارع أثر هذا الفعل المُكْرَه عليه.

وامّا الخصوصيّات، وإن كان مختاراً فيها، إلّا إنّه لا أثر لها، ولايبعد ترتّب آثار الخصوصيّات الزّائدة التي لاتكون من آثار الجنس، لعدم تعلّق الإكراه بالنّسبة إليها، كما عرفت مراراً.

ولو أُكره علىٰ حقّ وغير حقٍّ، كإيفاء حقّ له عليه، فاختار غير الحقّ كان صحيحاً، لأنّ الجامع غير مرتفع الأثر، لأنّه لو كان الجامع مرتفع الأثر للزم أن لايكون الإيفاء صحيحاً، لما عرفت من انّ رفع أثر الجنس يستلزم أنْ لايؤثّر ذلك الجنس أصلاً أينما وجد، فإذا فرضنا تأثيره في مكان يكشف ذلك عن عدم مرفوعيّة أثره بما هو هو، فالإكراه على أحدهما ـ في المثال المتقدّم ـ ليس مرفوع الأثر من حيث هو إكراهٌ علىٰ هذا الجامع، بل المرتفع إنّما هو أثر الإكراه علىٰ غير الحقّ بخصوصه. وقد عرفت أنّ الخصوصيّة ليست مكرهاً عليها، في المثال فما هو المُكْرَه

عليه، ـ أعني الجنس بما هو ـ غيرُ مرتفع الأثر، وما يكون الإكراه فيه مؤثّراً ـ أعني خصوص غير الحقّ ـ ليس مكرهاً عليه.

وبعبارة اُخرىٰ: أنّ الإكراه علىٰ حقٍّ أو باطل علىٰ سبيل التّرديد والتّخيير فيهما يكون حقّاً بوجه، فلو اختار الباطل وقع صحيحاً، ومعنىٰ كون الإكراه حقّاً جوازه للمكره وعدم منعه عنه. فعلىٰ هذا يكون أثر نفس الإكراه مرتفعاً، ومتى ارتفع أثر نفس الإكراه الّذي جعله الشّارع له، فيكون الإكراه بمنزلة العدم، فيصير المُكْرَه عليه كأنْ لا اكراه فيه في ترتّب الأثر عليه، فرفع أثر الإكراه مستلزمٌ لثبوت أثر المُكْرَه عليه وبالعكس، والمرادُ ببطلان الإكراه أن لا يكون للمُكْرَه السّلطنة عليه في الواقع فيكون أثر نفس الإكراه ثابتاً ويستلزم ذلك رفع أثر المكره عليه، كما عرفت آنفاً. فالإكراه على الجنس باعتبار تحقّقه في ضمن الحقّ مرتفع الأثر، فلايكون الإكراه مؤثّراً، وباعتبار تحقّقه في ضمن غير الحقّ يكون مؤثّراً في رفع أثره، فالإكراه باطل بهذا الوجه، وإذا كان الجامع باعتبار تحقّقه في ضمن هذا الخاص غير مرتفع الأثر، وباعتباره في ضمن ذاك مرتفع الأثر، يكشفُ ذلك عن أنّ الجامع من حيثُ هو جامعٌ مرتفع الأثر، وإلّا لأثّر في ذلك أيضاً، وما هو غير مرتفع الأثر، فهو أثرٌ نفس الخاصّ لأجل خصوصيّته، وإذا كان التّقدير تقدير الاختيار في الخصوصيّة، فلا وجه لبطلان هذا الخاص، لأنّ الجنس غيرُ مرتفع الأثر، والخصوصيّة صدرت عن اختيار، وهذا نظير ما ذكره بعض المحقّقين من أنّ التّكليف بما هو مردّد بين المقدور وغير المقدور، تكليفٌ بالمقدور.

وتقريبه: كما ذكرنا من أنّ الجنس باعتبار إمكان إيجاده في ضمن الفرد المقدور يكون المكلّف بهذا الاعتبار متمكّناً من الامتثال، وامّا الفرد الغير المقدور فليس بخصوصه مكلّفاً به، فما هو المكلّف به مقدورٌ باعتبار الإيجاد في ضمن بعض الأفراد، وما هو غير المقدور ـ أعني نفس الخصوصيّة ـ فهي غير مكلّف بها، فافهم.

ثمّ أنّه لو أُكره شخصان علىٰ فعل واحد علىٰ سبيل الكفاية، لو ارتكب كلّ واحد منهما يكون الفعل مكرهاً عليه، وهو بمنزلة إكراه شخص واحدٍ علىٰ شيئين علىٰ سبيل التخيير، لأنّ الملاك في صدق الإكراه هو إيجاد الفعل لا عن استقلالٍ وطيب النّفس، بل كان السّبب في إيجاده دفعه شرّ المُكْرِه، وعدم الضّرر المترتّب حصوله علىٰ فرض الترّك. وهذا المعنىٰ متحقّق في المقام.

نعم، يعتبر في تحقّق الضّرر المعتبر في صدق الإكراه، ظنّه بعدم إقدام صاحبه على الفعل، هذا إنْ اعتبرنا الظنّ في صدق الإكراه.

وامّا إنْ اعتبرنا مطلق خوف ترتّب الضّرر ـ كما لا يبعد قوّته ـ فيكفي في المقام عدم العلم باقدام الآخر عليه.

وكيف كان، فالظاهر دوران الإكراه مدار خروج الفعل عن الاستقلال وطيب النّفس، ولاريب في تحقّقه في المقام.

ولو أُكره في توكيل الغير إيقاع العقد، الظّاهر فساد العقد وصيرورته فضوليّاً، لرفع أثر الوكالة، فهي بمنزلة العدم، فيكون إمضاء العقد الصّادر عن الغير متوقّفاً علىٰ إجازته، كما لا يخفىٰ.

ولو أُكره الغير في قبول الوكالة عن نفسه، بأن ألزمه على إيجاد بيعٍ عن نفسه فأوجده مكرهاً عليه، الظّاهر صحّة العقد ولزومه، إذ المعتبر في العقد هو رضا المالك لا العاقد، ولا أثر لرضاه، والمفروض أنّ رضا المالك متحقّق، وإلاّ لما أكرهه عليه، فلو صدر العقد بشرائطه من الّلفظ وقصد المعنىٰ، ولو من الغير، فليس المانع عن التأثير إلاّ طيب النّفس للمالك، وهو في المقام متحقّق، فالعقد المستجمع لشرائطه المقرون بطيب نفس المالك يؤثّر أثره.

وامّا ما **يتوهّم**: من عدم سببيّة لفظ المكره للتأثير مطلقاً، وكونه بمنزلة العدم بعد رفع أثر الإكراه، فهو بمنزلة المجنون والّلاغي.

فمدفوعٌ: بعدم صلاحيّة ما ذُكر لرفع التأثير مطلقاً، ولو علىٰ سبيل الجزئيّة

المتوقّفة على الرّضاء، مع أنّه صدر عنه قاصداً وقوعه علىٰ ما هو مفروض الكلام في المقام، إذ ليس المانع حينئذٍ إلّا عدم الطّيب، وبعد فرض تحقّقه في الخارج ممّن هو معتبرٌ منه، فلا مانع من تأثير العقد، كما سنوضّحه فيما بعد إنْ شاء الله تعالىٰ.

* * *

[تعقُّب العقد بالرضا]

ولو أُكره علىٰ عقد وأوجده عن إكراهٍ، ثمّ تعقّبه الرّضاء، هل يَصحّ ذلك العقد أم لا؟

وجهان، بل قولان، والأقوىٰ هو الأوّل، وهذا هو المشهور فيما بين المتأخّرين علىٰ ما حُكي عنهم من أنّهم قائلون بصحّة عقد المكره لو لحقه الرّضا.

والدليل علىٰ ذلك: أنّ العقد صدر عن أهله جامعاً لجميع شرائطه، فيشمله عموم ما دلّ علىٰ وجوب الوفاء بالعقود، إذ غاية ما في الباب تقييّد موضوع الدّليل بالأدلّة الخارجيّة، ممّا دلّ علىٰ عدم حلّية مال المسلم إلّا عن طيب نفسه وغير ذلك، بما إذا كان العاقد راضياً بمضمون العقد، فيكون موضوع الأمر بالوفاء هو العقد الّذي كان العاقد طيّب النّفس بمضمونه، والقيد متحقّقٌ فيما نحن فيه علىٰ ما هو المفروض.

وامّا اقتران صدور العقد بكونه عن طيب النّفس، فلا دليل على اعتباره، بل غاية ما يستفاد هو اشتراط الطّيب في جواز التصرّف، وهذا يدلّ على أنّ العقد الّذي لايكون العاقد طيبٌ نفسه بتحقّقه ليس بلازم الوفاء، وامّا اشتراط مقارنة الطِيّب معه فلا.

وتوهّم: اعتباره في مفهوم العقد.

مدفوعٌ: بصدق العقد عرفاً، مجرّداً عن الطّيب، حيثُ يقال انّه باع عن كراهة، وذلك لأنّ العقد بمعنى العهد، وهو صادق مع الإكراه أيضاً، لجواز قولنا إنّ فلاناً ما كان راضياً بالمعاهدة الّتي وقعت بينه وبين غيره مثلاً، ولا يصحّ سلبها حينئذٍ، وهذا إمارة الحقيقة، مضافاً إلى استلزامه عدم كون عقد الفضولي عقداً حقيقة، مع أنّ الالتزام به مشكلٌ، كما لا يخفىٰ.

وقد يتوهّم: انتفاء القصد في المقام، فيخرُج العقد حينئذٍ عن قابليّة التأثير مطلقاً.

ولكنّ التوهّم: فاسدٌ، لما عرفت سابقاً من أنّ مسألة اعتبار القصد مغاير لمسألة اعتبار الطّيب، والكلام في هذه المسألة بعد الفراغ عن هذه المسألة، وبعد فرض المُكْرَه قاصداً لإنشاء العقد، ولكنّه لا عن طيب النّفس، فليس للتوهّم المذكور مجال، إذ بعد هذا الفرض تخرج المسألة عمّا نحن فيه وتدخل في المسألة السّابقة، أعني ما ليس العاقد فيه قاصداً لإنشاء مدلوله، فهو حينئذٍ بمنزلة عقد الهازل والمجنون، بخلافه فيما نحن فيه، حيثُ أنّ العاقد فيه شاعرٌ قاصدٌ إنشاء مدلول الكلام، ولكنّه لا عن طيب النّفس، فلا مانع عن التأثير حينئذٍ بعد لحوق الطّيب، ويجب الوفاء به حينئذٍ بمقتضى العمومات.

وقد يشكل ذلك بقوله تعالىٰ: **﴿إلّا أنْ تَكُونَ تِجارةً عَنْ تَراضٍ﴾**[1] الدّال على اعتبار كون العقد عن التّراضي، وبالنبويّ المشهور الدالّ علىٰ رفع حكم الإكراه.

امّا الجواب عن[2] الآية: ففيه أنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التّراضي، إمّا بمفهوم الحصر، وإمّا بمفهوم الوصف، ولا حصر فيها، لأنّ الاستثناء

---

١ ـ سورة النساء: آية ٢٩.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٢٢ سطر ١١.

منقطعٌ فهو بمنزلة الاستدراك بكلمة لكن كلوا أموالكم إذا كانت تجارةً مكسوبة عن تراض، علىٰ قراءة الرّفع، وعلىٰ قراءة النّصب، يُحتمل أن يكون تقديره إذا كانت الأموال أموال تجارة.

وامّا مفهوم الوصف فعلىٰ القول به مقيّدٌ بعدم ورود الوصف مورد الغالب، كما في ﴿**وَرَبائبكُم الّلاتي في حُجُورِكُم**﴾[١]. ويحتمل كون الظّرف خبراً بعد خبر. وعلىٰ هذا فعدم دلالته على انحصار حلّية الأكل بكونه متجاوزاً عن التّراضي أظهر.

نعم يمكن دعوىٰ إفادة حصر سبب الحلّ في التّجارة من الآية، لكونها في مقام التّحديد، ولكن ورود الوصف مورد الغالب يمنع عن الاستدلال بها لمسبوقيّة الرّضا، وسيجيء مزيد توضيح لذلك في بيع الفضولي إنْ شاء الله.

وأجاب شيخنا ﷺ في المكاسب عن الإشكال بحديث الرّفع بجوابين.

«امّا أوّلاً: فبأنّ المرفوع فيه هي المؤاخذة، والأحكام المتضمّنة لمؤاخذة المُكْرَه وإلزامه بشيء، والحكم بوقوف عقده على رضاه، راجعٌ إلى أنّ له أن يرضىٰ بذلك، وهذا حقّ له لا عليه»[٢].

توضيحه: أنّ الرّواية تدلّ على أنّ العقد الصّادر عن إكراه لايكون المُكْرَه ملزماً على الجري علىٰ مقتضاه، ولكن له أنْ يرضىٰ بما أنشأه بهذا العقد الإكراهي، وليس إلزامه بعد الرّضاء بنفس العقد حتّىٰ ينافي الرّفع، بل الإلزام إنّما نشأ من إمضائه، فاكراهه صار سبباً لاختياره في الأمر، بحيثُ لو شاء لأمضى مفاد العقد، ولو شاء لأبطله فهو موقوف علىٰ مشيّته.

ويمكن تقريره بوجه آخر ولعلّه أبعد عن الإيراد بأن يقال: إنّ الرّواية لمّا كانت في مقام الامتنان، فيجبُ القصر علىٰ مورده، وهو يحصل بنفي الإلزام عن المُكْرَه، وامّا إخراج العقد عن قابليّته مطلقاً فليس فيه امتنانٌ، بل ربّما يكون

---

١ ـ سورة النساء: آية ٢٣.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٢٢، سطر ١٣.

الامتنان بتركه وإيكال الأمر إلى مشيّة المُكْرَه كما لايخفىٰ.

وثانياً: إنّه يدلّ على انّ الحكم الثّابت للفعل المُكْرَه عليه لولا الإكراه يرتفعُ إذا وقع مكرهاً عليه، كما هو معنىٰ رفع الخطأ والنّسيان أيضاً، وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه، لأنّ أثر العقد الصّادر من المالك ـ مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإكراه ـ السببيّة المستقلّة لنقل المال، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، وهذا الأثر النّاقص المترتّب عليه مع الإكراه ـ حيث أنّه جزءُ العلّة التامّة للملكيّة ـ لم يكن ثابتاً للفعل، مع قطع النّظر عن الإكراه ليرتفع به، إذ المفروض أنّ الجزئيّة ثابتة بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه.

وبعبارة اُخرىٰ: انّ اللّزوم الثّابت للعقد مع قطع النّظر عن اعتبار الإكراه وهو اللّزوم المنفي بهذا الحديث والمدّعىٰ ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضاء المالك وهذا غير مرتفع بالإكراه؟

لكن يرد علىٰ هذا: أنّ مقتضىٰ حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقييدها بالمسبوقيّة بطيب النّفس، فلايجوز الاستناد إليها لصحّة بيع المُكْرَه ووقوفه على الرّضاء اللّاحق، فلايبقىٰ دليلُ علىٰ صحّة بيع المكره، فيرجع إلى أصالة الفساد.

وبعبارة اُخرىٰ: أدلّة صحّة البيع تدلّ علىٰ سببيّة مستقلّة، فاذا قُيّدت بغير المُكْرَه لم يبق لها دلالةٌ علىٰ حكم المكره،

اللهمّ إلّا أنْ يقال[1]: إنّ الإطلاقات المقيّدة للسببيّة المستقلّة مقيّدةٌ بحكم

---

١ ـ لايخفى أنّ هذا التّوجيه لا يُصحّح الجواب السّابق، بل هو بمنزلة جواب مستقلّ، لأنّ مبنى الجواب السّابق حكومة حديث الرّفع على الإطلاقات، ورفع آثارها، أعني السببيّة المستقلّة، وهذا التّوجيه مبنيٌّ علىٰ عدم الحكومة بوجه، فليس هذا مصحّحاً له، مع أنّ سياق العبارة يقتضي كونه توجيهاً له، فتدبّر.

الأدلّة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل، ومع عدم طيب النّفس بالبيع المرضيّ به، سبقه الرّضا أو لحقه، ومع ذلك فلا حكومة للحديث عليها، إذ البيع المرضيّ به سابقاً لايعقل عروض الإكراه له، والمرضيُّ به بالرّضاء اللّاحق فانّما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف ولا نقول بتأثيره، بل مقتضىٰ الأدلّة الأربعة مدخليّة الرّضاء في تأثيره، ووجوب الوفاء به، فالإطلاقات بعد التّقييد تثبت التأثير التّام لمجموع العقد المُكْرَه عليه والرّضا به لاحقاً، ولازمه بحكم العقل كون العقد المُكْرَه عليه بعض المؤثر التّام، وهذا أمرٌ لايرتفع بالإكراه، لأنّ الإكراه مأخوذٌ فيه بالفرض.

إلّا أن يقال: إنّ أدلّة الإكراه كما ترفع السببيّة المستقلّة، ترفع مطلق الأثر عن العقد المُكْرَه عليه، لأنّ التأثير النّاقص أيضاً اُستفيد من الإطلاقات بعد تقيّدها بالرّضا الأعمّ من اللّاحق، وهذا لا يفرّق فيه أيضاً بين جعل الرّضا ناقلاً أو كاشفاً، إذ على الأوّل يكون تمام المؤثّر نفسه. وعلى الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد وتعقّبه للرّضا.

وكيف كان، فذات العقد المُكْرَه عليه ـ مع قطع النّظر عن الرّضا أو تعقّبه له ـ لا يترتّب عليه إلّا كونه جزء المؤثّر التّام، وهذا أمرٌ عقليٌّ قهريٌّ يحصل له بعد حكم الشّارع بكون المؤثّر التامّ هو المجموع منه ومن الرّضا أو وصف تعقّبه له»[1] فتأمّل انتهىٰ كلامه رفع مقامه.

إن قلت: فلِمَ خَصّص العمومات أوّلاً بحديث الطّيب، ثُمّ لاحظ النّسبة بينها وبين حديث الرّفع، مع انّهما في عرض واحدٍ مِنْ حيث كونهما متعرّضين لها؟ غاية الأمر أنّ تعرّض حديث الرفع علىٰ وجه الحكومة، وحديث الطّيب علىٰ وجه التّخصيص. ومعلوم أنّ هذا الفرق غير موجبٍ لتقديم أحدهما على الآخر، فلابدّ أن

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٢٢ سطر ١٦.

يُلاحظ العام بالنّسبة إلىٰ كلّ منها فيخصّص بأدلّة الطّيب بالعقد المرضي به مطلقاً سواء سبقه الرّضا أو لحقه، والمراد بسبق الرّضا أنْ يكون العقد في حال تحقّقه واجداً له، ويكون مقارناً معه، وبأدلّة الرّفع يُخصّص بالعقد المسبوق بالرّضا، ويخرج الفرد الآخر أعني ما لحقه الرّضا، وعلى هذا فلا يستقيم ما يتفرّع عليه من عدم الحكومة له عليها مطلقاً.

قلت: والسرّ في ذلك أنّ حديث الرّفع مسوقٌ لبيان رفع الآثار الشرعيّة الثّابتة بمتعلّقات هذه الأشياء التّسعة، بحيثُ لو لا ذلك الحديث لكان الأثر ثابتاً لها حين عروض كلّ من هذه الأشياء أيضاً، فرفع أثر ما أكرهوا عليه مثلاً لا يعقل إلّا بعد كون الشيء المُكْرَه ذا أثر، وقد تبيّن أنّ نفس العقد من حيثُ هو لا أثر له لأنّ تأثيره متوقّف على الرّضا، فما يسبقه الرّضا لا يتعلّق به الإكراه، وما يتعلّق به الإكراه ـ أعني العقد بدون الطّيب ـ لا أثر له حتّىٰ يرتفع.

وملخّصه: أنّ حكومة حديث الرّفع على الأدلّة والعمومات انّما هي بعد انضمام جميع الشّرائط والقيودات، وامّا قبله فلا إذ لا أثر لها حتّىٰ يرتفع، فذات العقد من حيثُ هي مع قطع النّظر عن الرّضا لا أثر لها، فلا يؤثّر الإكراه في شيء.

اللّهمّ إلّا أنْ يقال: إنّ ذات العقد أيضاً لها أثرٌ مجعولٌ، لكونها جزء للعقد المرضيّ به عقلاً، وإذا كان الأثر المجعول للمجموع فلكلّ جزءٍ قسط من الأثر الجعلي لحكم العقل، مثلاً الإيجاب المنفرد أثره أنّه لو انضمّ إليه القبول لتحقّق النّقل والإنتقال، وهذا أثرٌ جعلي لهذا الجزء، ولا ينافي ذلك عدم كون الجزئيّة مجعولاً لكونها أمراً عقليّاً كما لا يخفىٰ، ويرتفع هذا الأثر النّاقص أيضاً بحديث الرّفع، كما يرتفع به أثر التّام أعني أثر المجموع المركّب، بل لو لوحظ العقد في نفسه ليس هذا الأثر أثراً ناقصاً له، والناقصيّة انّما هي بملاحظة المجموع، وأمّا نفس الجزء فأثره التّام إنّما هو هذا الأثر النّاقص بملاحظة المجموع، فحديث الرّفع يرفعه.

وامّا قول الشيخ ﷺ **«وكيف كان ...الخ»**.

فهو مسوقٌ لإثبات أصل الجزئيّة، وكونه جزء المؤثّر بحكم العقل، فيكون له قسط من التأثير بحكم العقل، لجزئيّته حال كونه مجعولاً، ويفصح عن ذلك التأويل، وكونه جزء المؤثّر، متمّماً لما سبقه، وامّا إرجاعه إلىٰ قبل ما قبله فبعيدٌ.



[في إذن السيّد]

مسألة: ومن شروط المتعاقدين اذن السيّد لو كان العاقدُ عبداً[1]

وليعلم أوّلاً: أنّ محلّ الكلام في هذه المسألة أنّ مملوكيّة العبد للغير من حيث كونه مملوكاً هل هو مانع عن نفوذ أمرٍ ومضيّ عقد أم لا؟

فالكلام في هذه المسألة ممحّض لبيان فساد عقد العبد من حيث كونه عبداً، لا لأجل كونه عاصياً لمولاه، حيث انّه يتصرّف في لسانه الّذي هو ملك له فيوجبُ فساد العقد، لأنّ دعوىٰ كون التصرّف في الّلسان معصية، كدعوى كونها موجبة للفساد فيها، ممنوعة.

وكذا ليس الكلام في فساده لأجل عدم كونه مالكاً لشيء، فلايصحّ بيعه مثلاً لاندراجه حينئذٍ تحت الفضولي، أو لكونه محجوراً عن التصرّف على القول بملكه، فيكون بمنزلة عقد السّفيه والمفلّس.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّه يعتبر في عقده اذن سيّده وامضائه، ولايجوز بدون رضاه مطلقاً، لو كان مستقلّاً في الأمر، سواء كان لنفسه في ذمّته، أو بما في يده، أم لغيره، لعموم عدم استقلاله في اُموره، قال الله تعالىٰ: ﴿**ضَرَبَ اللهُ مُثَلاً عَبَداً مَملُوكاً**

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٢٣.

لايَقْدِرُ عَلىٰ شيء﴾[١].

والظاهر كون الوصف أعني قوله «**لايقدر**» موضّحاً ومفسّراً للموصوف لا مخصّصاً، وإلّا لزم خلوّ ذكر الموصوف عن الفائدة، إذ يكفي حينئذٍ في المثال ذكر استواء من يَقدر على شيء ومن لا يَقدرُ علىٰ شيء لأنّ العبد علىٰ هذا الفرض كغيره منقسمٌ علىٰ قسمين: قسمٌ يقدر علىٰ شيء، وقسم لا يقدر، فاختصاص العبد في المثال بالذّكر غير مناسب، وحينئذٍ فالظّاهر تشبّه الأصنام بالعبد المملوك الذي يكون من أوصافه الّلازمة له عدم قدرته علىٰ شيء، والمرادُ بعدم القدرة كون الأفعال بحيثُ يترتّب عليها شرعاً الآثار المقصودة منها، لا أنّه لا يترتّب عليها حكمٌ شرعي، كيف وأفعال العبيد موضوعاتٌ لأحكام كثيرة كالأحرار، ولا عدم القدرة علىٰ فعلٍ من الأفعال مطلقاً، ضرورة صدور الأفعال الكثيرة منها، فالآية تدلّ علىٰ نفي ترتّب الأثر الشّرعي المقصود علىٰ فعل العبد دون احكامه الثّابتة له، كوجوب الغسل عليه المترتّب علىٰ جنابته وغير ذلك.

وكيف كان فلا يترتّب على إنشاءات العبد آثارها من دون اذن المولىٰ بمقتضى الآية.

ولا تتوهّم أنّ الآية تدلّ علىٰ نفي القدرة بالنّسبة إلى التصرّفات الماليّة دون غيرها، بقرينة قوله تعالىٰ فيما بعد: **﴿وَمَنْ رَزَّقْناهُ رِزْقاً حَسَناً فَهُو يُنْفِقُ مِنه سِرّاً وَجَهْراً﴾**[٢]، لأنّ ذكر الرّزق ليس لإفادة انحصار القدرة في الإنفاق، بل إيراده لإثبات كمال القدرة، وأنّه قادرٌ علىٰ كلّ شيء بخلاف العبد، كما لايخفىٰ.

ويدلّ أيضاً على المطلب ما عن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا:

---

١ ـ سورة النحل: آية ٧٥.

٢ ـ سورة النحل: آية ٧٥.

«المَملُوكُ لايجوزُ نِكاحُهُ وَلا طلاقه إلّا باذن سيّده.

قلت: فانْ السيّد كانَ زوّجه، بيد مَنْ الطّلاق؟

قال: بيد السّيد ﴿ضرب اللهُ مثلاً عبداً مملوكاً لايقدر علىٰ شيء﴾ أفشيء الطّلاق»؟![١]

والظّاهر من عدم القدرة، خصوصاً بقرينة الرّواية، نفي قدرته من حيث هو، بحيث يكون مستقلّاً في الأمر، ويستند الأمر إليه بنفسه، فلاينافيها تحقّق العقد حال كونه مأذوناً من المولىٰ، إذ يصدق حينئذٍ أيضاً أنّه علىٰ إيقاع العقد من حيث هو، بل القدرة انّما طرئت من قبل المولىٰ، فليس هو بنفسه قادراً عليه، وليس حينئذٍ تخصيصاً فيها، كما لايخفىٰ.

ثمّ أنّه يُمكن أنْ يقال: إنّ ما استظهرنا من الآية من كون الوصف مفسّراً، وكونه من العوارض اللّازمة للعبد، من حيث كونه عبداً، هو من لوازمه الذاتيّة في نظر العرف، بملاحظة مفهومه مع قطع النظّر عن دلالة الآية، لأنّ معنى المملوكيّة كون رقبته ملكاً للغير فيتبعها أفعاله، فلايجوز استقلاله فيها من غير اذن ذلك الغير واجازته، وكيف لايكون زمام اُموراته بيد المولىٰ مع كون رقبته ملكاً له.

وكيف كان، فلا إشكال في كفاية إذن المولىٰ في صحّته، لعموم ما دلّ علىٰ وجوب الوفاء بالعقود، والآية لا تدلّ إلّا علىٰ فساد ما لو كان مستقلّاً فيه، وامّا لو كان مقروناً بالإذن فصحّته غير منافٍ لها، كما عرفت فيما سبق، فيقتصر في التّخصيص علىٰ مقدار دلالة المخصّص، فالباقي مندرجٌ تحت العام.

وامّا مع إجازته اللّاحقة ففيه وجهان:

من أنّ العقد وقع مستقلّاً فيكون ويستحيل انقلابه فيما بعدُ عمّا وقع عليه، لأنّ الفساد إنّما تعلّق بنفس الإنشاء الصّادر، وما صدر علىٰ وجهٍ لا يتغيّر عمّا وقع عليه،

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج٢٢ باب ٤٥ ص١٠١.

إذ قد عرفت أنّ المنع في المقام ليس من جهة العوضين اللّذين يتعلّق بهما حقّ الغير، حتّىٰ يقال إنّ له أنْ يرضىٰ بما وقع عليه من التصرّف في السّابق.

ومن أنّ الدّليل المُخرج إنّما دلّ علىٰ فساد كلّ أمرٍ لايكون للمولىٰ فيه مدخليّة بوجه من الوجوه، فالباقي مندرجٌ تحت العمومات، ومن جملتها العقد المتعقّب بالرّضا، ولو شكّ أيضاً وجب الأخذ بمقتضى العموم في مورد الشّك، لكونه شكّاً في أصل التّخصيص، زائداً علىٰ ما عُلم تخصيصه، أعني ما لو كان مستقلاً فيه، وهذا الوجه هو الأقوىٰ.

إن قلت: هب أنّ المقام مقام استصحاب حكم المخصّص، حيثُ أنّ هذا العقد لايجبُ الوفاء حال صدوره، فيكون العمومات مخصّصاً به قطعاً، فلايجوز التمسّك بها بعد إمضاء المولىٰ لو شكّ في وجوب الوفاء، لسقوط العام بالنّسبة إلىٰ هذا الفرد عن الاعتبار، بل المبرهن في محلّه أنّه يستصحب حينئذٍ حكم المخصّص.

قلت: إنّ العقد المتعقّب مشكوكُ الخروج رأساً، أو معلومٌ عدمه، لا أنّه معلوم الخروج في زمانٍ، ثُمّ شُكّ في دخوله بعد ذلك.

نعم بقي هنا إشكال: وهو أنّه كيف يؤثّر الرّضا اللّاحق في العقد السّابق، ولكن يهون الأمر اشتراك ورود الإشكال بين ما نحن فيه وبين الفضولي، وكذا عقد المُكْرَه، وسيتّضح رفعه إن شاء الله في مبحث الفضولي.

ويُمكن أنْ يُجاب عن الإشكال أيضاً: بعدم جواز استصحاب حكم المخصّص فيه في صورة الشّك، بل المرجع فيه هو الرّجوع إلى اطلاق الدّليل الراجع إلى العموم الأحوالي، لأجل دليل الحكمة، وما أسقط عن الاعتبار بالنّسبة إلىٰ هذا العقد هو عمومه الأفرادي، فافهم.

ويؤيّد المختار، بل يدلّ عليه ما ورد في صحّة نكاح العبد الواقع بغير اذن المولى

إذا أجازه، معلّلاً بأنّه «**لم يعص الله تعالىٰ وانّما عصىٰ سيّده، فإذا أجاز جاز**»[1]، بتقريب أنّ الرّواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد علىٰ نفسه وحمله علىٰ ما إذا عقد الغير له منافٍ لترك الاستفصال، بل لايبعد اختصاص المورد بكونه عاقداً بنفسه، بقرينة قوله «**أنّه عصىٰ سيّده**»، إذ لو عقد له غيره لا يتحقّق عصيانٌ منه حينئذٍ، إذ لم يصدر منه علىٰ هذا إلّا مجرّد الإذن وهو ليس معصيته، إذ من المعلوم بالسّيرة القطعيّة ودليل الحرج عدم حرمة هذه التصرّفات والمشاغل الجزئيّة، فيكون مأذوناً فيها من المولى الحقيقي الواقعي، وهذه الرّواية تدلّ علىٰ مدخليّة رضا المولىٰ في مضيّ عقد النّكاح، لا علىٰ مانعيّة العصيان عنه، بل يدلّ علىٰ نفيها، إذ لو كان العصيان مانعاً لايعقل مضي العقد بعد صدوره عن عصيان إذ الرضا به لا يجعل المعصية طاعة، بل الرّضا بالفعل الصّادر من عصيان لايكون إلّا عفواً للمعصية، لا قلب المعصية عمّا وقع عليه، بل هو باقٍ علىٰ ما وقع إلى أبد الدّهر. فالقابل للتّدارك بعد المعصية لايكون إلّا رضاه، فله مدخليّة في صحّته، والفرق بين عصيان الله تعالىٰ وعصيان المولىٰ ـ إذا تحقّق كعقد المُحرَّم عليه ـ يكون العقد باطلاً لا محالة لعدم معقوليّة رضا الله بما سبق من معصيته بخلاف ما إذ لم يعص الله وعصىٰ سيّده، إذ من الجائز رضاء السيّد فيما بعد ذلك بما لم يرض به سابقاً، فإذا رضي به وأجاز صحّ.

فيكون الحاصل: أنّ معيار الصحّة في معاملة العبد، بعد كون المعاملة في نفسها ممّا لم ينه عنه الشّارع، هو رضا سيّده بوقوعه سابقاً أو لاحقاً، وأنّه إذا عصىٰ سيّده بمعاملة ثُمّ رضي السيّد بها صحّ، فما قاله المخالف من أنّ معصيته السّيد لا يزول حكمها برضا بعده، وأنّه لا ينفع الرّضا اللّاحق ـ كما نقله السّائل عن طائفة عن العامّة ـ غير صحيح، فافهم وتأمّل.

❊ ❊ ❊

---

١ ـ وسائل الشيعة: باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

[في كونهما مالكين أو مأذونين]

مسألة: ومن شروط المتعاقدين أنْ يكونا مالكين، أو مأذونين من المالك، أو الشّارع[1]

وهذا شرط للتأثير لا لصحّة العقد، بحيثُ يكون العقد العاري عنه عارياً عن تأهّله للتأثير، ويكون غير المالك مسلوب العبارة بالنّسبة إلى العقد الصّادر عنه، كالصّبي والمجنون، فلو لحقه الإجازة صحّ على المشهور، بل نَسَبه في محكي «التّذكرة» إلىٰ علمائنا تارةً صريحاً، وأُخرىٰ ظاهراً بقوله عندنا، إلّا انّه ذكر عقيب ذلك أنّ لنا قولاً بالبطلان، فمن عبّر بأنّ عقد الفضولي لايصحّ، يريد أنّه لا يترتّب عليه ما يترتّب علىٰ عقد غيره من اللّزوم. ويفصح عن ذلك ما يستفاد من مطاوي كلماتهم حيث يلتزمون بأنّه لو لحقه الإجازة لصحّ، وأنّه لايجوز التصرّف في متعلّقه قبل الإجازة وغير ذلك. نعم من لم يقل بأهليّته للحوق الإجازة وعبّر بهذه العبارة، فيحمل علىٰ ما هو الظّاهر من عدم ترتّب الأثر عليه مطلقاً.

وكيف كان فالمهمّ في المقام كما نسب إلىٰ بعض من علمائنا هو التعرّض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٢٤.

[تحقيق القول في عقد الفضولي]

فنقول: إنّ المراد بالعاقد الفضولي، هو الكامل الغير المالك للتصرّف، المتصدّي للعقد، ولو كانَ غاصباً علىٰ ما قيل، وقيل أيضاً إنّه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى اذنه، فيشمل العقد الصّادر من الباكرة الرّشيدة بدون اذن الولي، ومن المالك إذا لم يملك التصرّف، لتعلّق حقّ الغير بالمال، وبيع الرّاهن والسّفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون اذن السيّد.

وكيف كان، فلا ثمرة معتدٌّ بها في تعيين محلّ الكلام، من أنّه هل هو خصوص القسم الأوّل أو أعمّ منه؟ لأنّ المتّبع في المقام هو الدّليل الدالّ على الصحّة أو العدم، فلو دلّ على العموم نقول به، ولو لم يصدق عليه الفضولي، ولو لم يدلّ عليه يقتصر علىٰ محلّه أيضاً.

وبالجملة فلا فائدة في تعيين مراد العلماء منه، اللهمّ إلّا أنْ يثبت في المقام إجماع علىٰ حكم، ويقال إنّ هذا العقد مثلاً خارجٌ عن مرادهم، أو داخل فيه فيثبت الحكم، ولكن ثبوت الإجماع علىٰ شيء لايخلو عن بُعدٍ، فالأعراض عن ذلك أولىٰ.

فنقول: إنّ العاقد الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه:

وعلىٰ كلّ حال، إمّا يكون البيع مقترناً بطيب نفس المالك، أو لا.

وعلى الثّاني امّا أن لا يسبقه منع المالك، أو يسبقه.

وليعلم أوّلاً أنّ التكلّم في أنّ الملاك في صحّة عقد الغير هل هو إذن المالك، أو مطلقاً رضاه به في الواقع ـ سواء كشف لفظٌ عن رضاه أو لم يكشف، فوجب فيما بينه وبين الله الوفاء به لو تحقّق الرّضاء في نفسه ـ، خارج عن مسألة الفضولي، وأنّ الكلام في مسألة الفضولي في أنّ هذا الملاك الّذي هو مناط الصحّة في العقد لو لم يقترنه حال العقد ولحقه فيما بعد هل يكفي أم لا؟

فالتكلّم في المقام الأوّل في مسألة الفضولي في غير محلّه، ولمّا كان لها ارتباط به، لأجل ابتناء تماميّة بعض أدلّته علىٰ كشف الحال فيه، فالأنسب تقديم البحث علىٰ البحث عنها حتّىٰ لا يبقىٰ خفاءٌ في المطلب[١].

ونقول: إنّه قد يقال إنّه يكفي في صحّة العقد مطلقاً رضا المالك بمضمونه، وإنْ لم يحصل منه اذنٌ، فلو قارن العقد يخرج عن كونه فضوليّاً، ويجب الوفاء به، ويترتّب عليه الأثر، ويستدلّ عليه بعموم وجوب الوفاء بالعقود، وقوله تعالىٰ: **﴿إلّا أنْ تكونَ تجارةً عَنْ تراضٍ﴾**[٢] و**﴿لايَحِلُّ مالُ امْرءٍ إلّا عَن طيب نفسه﴾**، وما دلّ علىٰ أنّ علم

---

١ ـ مع أنّه يمكن إرجاعه إلىٰ مسألة الفضولي بأن يقال الفضولي هو العقد الصّادر من غير المالك أو مَنْ هو في حكمه، بأن كان مأذوناً منه، أو من الشّارع، فما عداه فضوليٌّ، سواء كان مقترناً برضاء المالك أم لا.

غاية الأمر، أنّا لو قلنا بكفاية الرّضا في الصحّة، لكان هذا القسم من الفضولي صحيحاً من حين وقوعه، غير متوقّف علىٰ شيء، فالفضولي ينقسم إلىٰ قسمين:

قسم: يلحقه الرّضا.

وقسم: يقارنه.

ولايخفىٰ أنّه لو قلنا بكفاية الرّضا، لو كان الرّضا مقارناً، لايُخرجه عن كونه موقوفاً غير تامّ في نفسه، لأنّ وجود الشّرط لايُخرجه عن الشرطيّة، فلاينافي ذلك ما نلتزم به من أنّ الفضولي موقوفٌ، وانّه غير نافذ، فافهم وتأمّل (منه قدس سره).

٢ ـ سورة النساء: آية ٢٩.

المولىٰ بنكاح العبد وسكوته إقرار، ورواية عروة البارقي.

ولا يخفىٰ أنّ في الاستدلال بعموم وجوب الأمر بالوفاء لإثبات كفاية الرّضا نظرٌ، إذ الظاهر أنّه ليس المراد أنّه يجبُ الوفاء علىٰ كلّ أحدٍ بكلّ فردٍ من أفراد العقد الواقع من كلّ شخص، حتّىٰ يقال إنّ مقتضىٰ ذلك وجوب وفاء كلّ أحدٍ بهذا العقد الصّادر من الفضولي، ومن جملتهم المالك فيجبُ الوفاء عليه، لأنّ المعلوم من تخصيصه هو العقد الصّادر لا عن طيب نفسه، وامّا المقارن له فلا يشمله العموم، بل الأمر بالوفاء إنّما تعلّق علىٰ كلّ من له شأنيّة الوفاء، ويترتّب علىٰ وفائه الأثر، أعني النّقل والإنتقال في البيع مثلاً، وذلك لا يترتّب إلّا علىٰ وفاء خصوص المالك، وامّا ترتيب من عداه آثار الملكيّة فانّما هو من اللّوازم للملكيّة المسبّبة عن وفاء المالك، لا من آثار العقد، وتلك اللّوازم تتحقّق، والخاصّيات تثبت للشّيء بعد انتقاله من المالك إلى الآخر، فليس لوفاء الآخرين بالعقد أثر، بل التّعبير عنه بالوفاء أيضاً مسامحة، فذلك الأمر انّما تعلّق بالمالك، وحينئذٍ نقول إن كان المراد بالعقود كلّ عقد عن كلّ أحد متعلّق بماله، فيكون معناه أنّه يجب على المالك الوفاء بكلّ عقد تعلّق بماله سواء كان العاقد نفسه أو غيره، يتمّ المطلوب أيضاً، لأنّ غاية ما في الباب تخصيص ذلك العموم بأدلّة الطّيب بما لا يكون المالك راضياً بالعقد مطلقاً، وبقي الباقي وما نحن فيه منه، إذ المفروض تحقّق رضاه.

ولكن لا يخفىٰ أنّ التعميم بهذا المقدار خلاف ظاهر الآية، بل الظّاهر منها أنّه يجب الوفاء علىٰ كلّ شخص يكون من شأنه الوفاءُ علىٰ كلّ عقدٍ صدر منه لا عنه وعن غيره مطلقاً، إذ المناسب للحكم بوجوب الوفاء إنّما هو كونه صادراً عنه، وصدوره عن غيره غير مناسب للحكم عليه بوجوب الوفاء، كما أنّه لو قيل أوفِ بالعهد ينصرف إلىٰ عهود نفسه، لا كلّ عهدٍ وقع في الدّنيا ولو كان مرتبطاً إليه، كما لو تعاهد شخصان أجنبيّان عليه شيئاً، ومعلوم أنّه عموم هذا الأمر لا يشمل هذا المورد، حتّىٰ لو لم يكن ذلك العهد واجب الوفاء، لكان اللّازم على الآمر إخراجه

بدليل، بل ليس الكلام شاملاً له من أوّل الأمر، فكذا فيما نحن فيه، فعلىٰ هذا فليس مفاد الآية إلّا كمفاد قوله تعالىٰ: ﴿وَالمُوفونَ بِعَهدِهِمْ إذا عاهَدوا﴾[1] في أنّ الوفاء إنّما تعلّق بما عاهد، فمفاد الآية أنّه يجب على العاقد الوفاء بعقده، فلايشمل ما نحن فيه[2].

اللّهم إلّا أن يقال: إنّه يكفي في الاستناد وصيرورته عقداً له في نظر العرف رضائه به، ولا يتوقّف ذلك علىٰ إيقاعه بنفسه نفس العقد، كما لو أذن غيره في عقد، إذ لا شبهة حينئذٍ في صيرورته عقداً له ويجب الوفاء عليه، مع أنّه لم يقع العقد بنفسه، والظّاهر عدم الفرق في الاذن والرّضاء في جعل العقد عقداً له واستناده، بل الملاك في الاستناد هو الرّضا، والاذنُ كاشفٌ عنه، وليس لخصوصيّة الّلفظ مدخليّة في الاستناد.

نعم، لو أذن نعلم حين وقوع العقد أنّ العقد مستند إليه، لكون رضائه معلوماً باذنه، وامّا لو لم يأذن لا نعلم الاستناد، لعدم معلوميّة الرضا لا أنّه يعلم عدم الاستناد، فالمناط في الاستناد وعدمه رضائه، فلو كان راضياً به في الواقع يصير العقد عقداً له ويجب الوفاء عليه فيما بينه وبين الله، وإنْ لم يعلم رضائه به.

هذا غاية ما يمكن أن يقال، ولكنّ الإنصاف عدم وثوق النّفس بصدق الإستناد بمجرّد الرّضا، بل لايبعد دعوى الإطمئنان بمدخليّة الّلفظ في ذلك، إذ الظاهر أنّه لو أذن في فعل يلزمونه أهل العرف بلزوم الوفاء علىٰ وفقه، بخلاف ما لو علموا رضائه من غير اذنٍ فلا يلزمونه حينئذٍ.

وكيف كان، فيكفي في ردّ الاستدلال بناء علىٰ هذا المعنى الّذي ادعينا ظهورها فيه، عدم العلم باستناده إليه، لا العلم بعدم الاستناد.

---

١ ـ سورة البقرة: آية: ١٧٧.

٢ ـ وتوضيح ذلك يظهر بالتأمّل في أمثال المقام من التّراكيب مثل قولنا «أوفوا بالنّذر» وقوله عليه السلام «**الأعمال بالنيّات**» يعني نيّة العامل وغير ذلك، فافهم (منه رحمه الله).

وامّا قوله تعالىٰ: **﴿إلّا أنْ تَكونَ تِجارةً عَنْ تَراضٍ﴾**[١]، وقوله ﷺ **«لا يحلّ مال امرء إلّا بطيب نفسه»**[٢] فالظّاهر تماميّة الإستدلال بهما، وإنْ أمكن المناقشة فيهما:

امّا في الأوّل فبمثل ما مرّ في **﴿أوُفُوا بالعُقُود﴾**[٣].

وامّا في الثّاني فبأن يقال: إنّ ذلك لا يدلّ إلّا علىٰ توقّف التصرّف على الطّيب، وامّا كون الطّيب سبباً تامّاً في جوازه فلا، إذ غاية مدلوله بيان الاشتراط، مثل قوله ﷺ **«لا صَلاة إلّا بطهور»**[٤] **«ولا عمل إلّا بنيّة»**[٥]، وغير ذلك.

ولكنّ الإنصاف أنّ التأمّل الصّادق ينفيها، إذ الظّاهر من الآية جواز الأكل الذي هو كناية عن مطلق التصرّف إذا كان مسبّباً عن تجارة مقترنة مع تراضي المالك، وامّا تخصيص التّجارة بكونها تجارة نفس المالك فلا داعي له، إذ لا خفاء في مناسبة مطلقها حال كونها مقترنة مع التراضي لجواز الأكل، مع إمكان دعوىٰ كونها تجارة المالك أيضاً حال كونه راضياً بها، فتأمّل.

وامّا تقريب الاستدلال بالرّواية: فبأنّ البيع تصرّف من التصرّفات العرفيّة مثل الأكل والصّدقة والهبة وغيرها، إذ ليس المراد من البيع لفظ العقد، لأنّه ليس تصرّفاً في ملك الغير حتّىٰ يتوقّف علىٰ رضاه، بل التصرّف إنّما يتحقّق بإنشاء مضمونه، أعني جعل المبيع مِلْكاً للمشتري والثّمن مِلْكاً للمالك، ولا شبهة في كون ذلك تصرّفاً في مال المالك، والرّواية تدلّ علىٰ حلّية هذا التصرّف لو كان مقترناً برضاه، ونفيها حين انتفائه، وليس معنىٰ حلّية البيع إلّا مُضيّه وسببيّته للنّقل.

ولا تتوهّم: أنّ مقتضىٰ ذلك استعمال لفظ الحلّ في أكثر من معنى، حيث أنّها

---

١ ـ سورة النساء: آية ٢٩.

٢ ـ عوالي اللآلي: ١ / ١١٣ حديث ٣٠٩.

٣ ـ سورة المائدة: آية ١.

٤ ـ وسائل الشيعة: ج١ باب ٩ ص٣١٥.

٥ ـ وسائل الشيعة: ج١ باب ٥ ص٤٧.

بالنّسبة إلى المأكولات بمعنى التّرخيص الشّرعي في الأكل، فلو كان في البيع بمعنى المُضيّ للزم ذلك. لأنّا لا ندّعي إلّا دلالتها علىٰ مطلق التّرخيص في مطلق التصرّف، إلّا أنّ الترخيص في كلّ شيء بحسبه، فلو قيل إنّك مرخّصٌ في التصرّف في الثّوب والطّعام والجارية مثلاً، معناه أنّه يجوز لك لبس الثّوب وأكل الطّعام ووطي الجارية أو خدمتها مثلاً، فلو انضمّ إليها البيع أيضاً لكان معناه أنّك مرخّصٌ في النقل والانتقال أيضاً، فاختلاف كيفيّة التصرّف غير موجبٍ لإستعمال لفظ الحِلّ في أكثر من معنىً كما لا يخفىٰ.

وبما ذكرنا، ظهر اندفاع ما ربّما يتوهّم في الرّواية من اختصاصها بنفي الحكم التّكليفي، أعني الحرمة، ولا تدلّ علىٰ حصول النّقل والإنتقال.

توضيح الإندفاع: أنّ حلّيته ملازم لحصول النّقل والانتقال، إذ بدونه لايتحقّق التصرّف حتّىٰ يتّصف بالحلّية، فافهم.

وامّا المناقشة التي ذكرناها أوّلاً من عدم دلالتها إلّا على مطلق التوقّف والاشتراط، وامّا السببيّة التامّة فلا.

فالجواب عنها: أنّ الرّواية مسبوقة لبيان مانعيّة مال الغير من حيث كونه مال الغير عن جواز التّصرفات الجائزة ذاتاً، فيدلّ علىٰ حرمتها بالعرض، وأنّها ترتفع بسبب الطّيب، فترتفع حرمته العرضيّة أيضاً بعد تحقّقه، ومعناها أنّه لا يحلّ مال امرء بسببٍ من الأسباب إلّا عن سبب الطّيب.

وامّا توهم: كونه سبباً ناقصاً.

فمدفوعٌ: بظهور السببيّة حال الإطلاق في السّببية التّامة، ولذا شاع فيما بين العلماء (رضوان الله عليهم) التمسّك بها لإثبات جواز التصرّف، من غير توقّف علىٰ شيء آخر، بل يفهمون العرف من أمثال هذه التراكيب السببيّة المستقلّةُ بحيثُ لو أفتىٰ عليهم بأنّه لا يحلّ مال فلان عليك إلّا بعد رضاه، لا يتوقّفون بعد رضاه في جواز الأكل، ولا يستفتون عن حكمه، بل يقتصرون علىٰ ما فهموه من هذا الكلام.

وبالجملة: فلا إشكال في ظهورها في السببيّة المستقلّة.

وامّا النّقض: بـ«**لا صلاة إلّا بطهور**»[١] «**ولا عمل إلّا بنيّة**»[٢].

ففيه: أنّ السببيّة النّاقصة إنّما استفيدت منها بعدما علمنا بعدم إمكان إرادة السّببية التامّة منهما من الخارج، لا بظهور اللّفظ فيها أوّلاً، مع أنّه يمكن دعوىٰ إرادة السببيّة التّامّة منهما أيضاً.

أمّا في الأوّل فبأن يقال: إنّه من باب المبالغة[٣].

وفي الثّاني فبأن يقال: إنّ النيّة سببٌ تامّ في صيرورة العمل عملاً له، وفي صحّة الاستناد إليه، بحيث يقال إنّ هذا الفعل فعلُ هذا الشّخص المختار، وبدونها لا يصحّ ومعها يتحقّق الاستناد، وامّا إتّصافه بالصحّة والفساد فبعد الإتصاف بكونه عملاً، فافهم وتأمّل.

ويمكن الإستدلال: بكفاية مطلق الرّضا بقوله تعالىٰ ﴿**أحَلَّ اللهُ البيعَ**﴾[٤] لأنّه يدلّ علىٰ حلّية كلّ بيعٍ، خرج عنه ما لم يقترن بالرّضا وبقي الباقي، وقد عرفت أنّ الحلّية ملازم للصحّة ونفوذه.

ويمكن المناقشة فيها: بأنّها لاتدلّ إلّا علىٰ حلّية البيع ذاتاً، فيكون معناها أنّ هذه الماهية حلالٌ في مقابل ماهيّة الرّبا حيثُ حكم بكونه حراماً، ولا إطلاق لها بالنّسبة إلى الشّرائط حتىٰ يجوز التمسّك بها، فذلك نظير قولنا «الغنم حلال والخنزير حرام»، فلو شكّ في حرمة غنم بالعَرَض لايجوز لإثبات حلّيته التمسّك بإطلاق هذا

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١ باب ٩ ص ٣١٩.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١ باب ٥ ص ٤٧.

٣ ـ ويمكن أنْ يقال: إنّ كلمة «لا» ينفي إمكان تحقّق الشيء في الخارج في أمثال المقام، ممّا ثبت بها الشّرطية والتوقّف فبالاستثناء يُثبت ما به يرتفع الإمتناع، وهو سببٌ تام في إثبات الإمكان، فـ«**لا صلاة إلّا بطهور**» يعني لا يمكن الصّلاة إلّا بالطّهور، والطّهور سببٌ تام لثبوت الإمكان، وليس المراد نفي الوقوع حتّىٰ يرد الإشكال، فافهم (منه رحمه الله).

٤ ـ سورة البقرة: ٢٧٥.

الكلام لأنّه ليس مسوقاً لبيان الشّرائط.

ثمّ لا يخفىٰ عليك أنّ هذه الآية وإن نوقش فيها، إلّا أنّها تنفعنا مع ذلك، إذ بها يثبت جزء المطلوب لا محالة، أعني حلّية البيع ذاتاً فبذلك ينفي حرمته من هذه الجهة، وحينئذٍ ينضمّ إلى الرواية المتقدّمة فيتمّ المطلوب، إذ بعد إحراز حلّيته ذاتاً لم يبق لنا الشكّ إلّا في فساده، لأجل كون المبيع ملكاً للغير، لأنّ منشأ الشكّ في المقام امّا احتمال حرمة العقد الصّادر عن غير المالك ذاتاً، أو احتمالها عَرَضاً، وينفي الأوّل والثاني الرّواية.

وامّا احتمال فسادها لأجل الإخلال بشرائط أُخر، فغيرُ جارٍ في المقام، لأنّ الكلام في هذا المقام بعد فرض اجتماع جميع الشرائط، ما عدا كون العاقد مالكاً أو مأذوناً عنه.

وامّا كونه عاقلاً بالغاً وغير ذلك من الشّرائط فلابدّ أوّلاً من فرض وجوده، وإلّا فكيف يمكن القول بصحّته حتّىٰ يكون مُحلّاً للكلام.

ثمّ لا يخفىٰ أنّ ما ذكرناه دليلاً في كفاية الرّضا المقارن في صحّة العقد، يثبت به صحّة عقد الفضولي، بل لو لم نقل بتماميّته فيه لبعض المناقشات التي أوردناها فيها، أمكن القول بتماميّتها في الفضولي، لعدم جريانها في بعضها، كما يظهر بالتأمّل فيما ذكرنا فلانطيل الكلام بإعادتها في إثبات الفضولي، ولكن لم نتعرّض ثمّة لتقريب الاستدلال برواية عروة، فلابد هنا من التعرّض لها:

فنقول: إنّه قد اشتهر التمسّك لصحّة بيع الفضولي بقضيّة عروة البارقي، حيثُ دَفع إليه النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم ديناراً وقال له اشتر لنا به شاةً للأضحية، فاشترىٰ به شاتين، ثمّ باع أحدهما في الطّريق بدينار، فأتى النبيّ صلّى الله عليه وآله بالشّاة والدّينار، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآله: «**بارك الله في صفقة يمينك**»[1] فانّ بيعه وقع فضولاً، بل وشرائه

---

١ ـ عوالى اللآلى: ٣ / ٢٠٥ حديث ٣٦، مستدرك الوسائل: ١٣ / ٢٤٥ حديث ٩٥٢١٠.

شاتين أيضاً كذلك، حيث أنّه كان مأذوناً في شراء شاة واحدة.

ولكن يمكن توجيه شرائه بأن يقال: إنّ شرائه اثنين لعلّه كان لأجل امتناع صاحبها عن بيع كلّ منهما منفرداً، فاشتراهما من باب المقدّمة، فيكون مأذوناً به لأجل التوصّل إلى المأمور به.

وكيف كان، أمكن توجيه شرائه، إلّا أنّ البيع بحسب الظّاهر وقع فضوليّاً، فبه منضمّاً إلىٰ تقرير النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم يثبت صحّة بيع الفضولي، هذا.

ولكن يناقش فيها: بما ذكره الشّيخ قدس سره في المكاسب بقوله «ولكن لايخفىٰ أنّ الاستدلال بها يتوقّف علىٰ دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي.

توضيح ذلك: أنّ الظّاهر علم عروة برضا النّبي صلى الله عليه وآله وسلم بما يفعل، وقد أقبض المبيع وقبض الّثمن، ولاريب أنّ الاقباض والقبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرّفاً في مال الغير، فلابدّ امّا من التزام أنّ عروة فعل الحرام في القبض والإقباض، وهو منافٍ لتقرير النّبي صلى الله عليه وآله وسلم، وامّا من القول بأنّ البيع الذي يعلم بتعقّبه للإجازة يجوز التصرّف فيه قبل الإجازة، بناءً علىٰ كون الإجازة كاشفة، فسيجيء ضعفه فيدور الأمر بين ثالث وهو جعل هذا الفرد من البيع وهو المقرون برضا المالك خارجاً عن الفضولي كما قلناه، ورابع وهو علم عروة برضا النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم باقباض ماله للمشتري حتّىٰ يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً، حتّىٰ يكون دفعه للثّمن بيد البايع علىٰ وجه الأمانة، وإلّا فالفضولي ليس مالكاً ولا وكيلاً فلا يستحقّ قبض المال، فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأمنه على الّثمن حتّىٰ ينكشف الحال، بخلاف ما لو كان جاهلاً.

ولكنّ الظّاهر هو أوّل الوجهين كما لايخفىٰ، خصوصاً بملاحظة أنّ الظّاهر وقوع تلك المعاملة علىٰ جهة المعاطات، وقد تقدّم أنّ المناط فيها مجرّد المراضات ووصول كلّ من العوضين إلىٰ صاحب الآخر، وحصوله عنده باقباض المالك أو غيره، ولو كان صبيّاً أو حيواناً، فاذا حصل التّقابض بين فضوليّين أو فضولي وغيره مقروناً

برضا المالكين ثُمّ دخل كلّ من العوضين إلىٰ ملك صاحب الآخر، وعلم برضا صاحبه كفىٰ في صحّة التصرّف، وليس هذا من معاملة الفضولي، لأنّ الفضولي صار آلة في الإيصال، والعبرة برضا المالك المقرون به»[1] انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: ما ذكره‌ من أنّ المناط في المعاطات مطلق المراضات، لايخلو عن تأمّل، لعدم صدق البيع عرفاً بمجرّد تراضي الطّرفين، بل لابدّ في صدقه من مظهر لرضاه كعرض المتاع في معرض البيع وغير ذلك، إذ غاية ما يمكن إثباته هو الالتزام بعدم احتياج الصّدق للإنشاء الفعلي أو القولي، والظّاهر أنّ الشيخ‌ في مبحث المعاطات أشكل صدقه علىٰ ما لا يكون فيه إنشاء أصلاً، فكيف التزم هنا بكفاية مطلق المراضات!

وكيف كان، فلا خفاء في عدم صدق البيع بمجرّد المراضات، فحمله عليها من غير أن يكون فضوليّاً مشكلٌ.

قوله أخيراً: ولكنّ الظّاهر هو أوّل الوجهين.

فيه: منع الظّهور المستند إلى لفظ القضيّة، إذ لا صارف عن حملها على التّوجيه الرّابع، لعدم التمسّك بإطلاق الخبر، إذ ليس الإمام‌ الحاكي لهذه القضيّة بصدد بيان تمام جزئيّات الواقعة، ولا يلزم من عدم ذكره هذا المطلب أعني كون المال أمانة عنده قبحٌ على الإمام‌، ولا تفويتٌ للغرض، فلايتمسّك باطلاقه في نفي الاحتمالات، وقوله قبل ذلك في التّوجيه الرّابع وهو علم عروة.

يمكن أن يقال: إنّه لايحتاج إلى علم المشتري بكونه فضوليّاً واستيمانه، بل يكفي علم عروة ـ لو كان عالماً ـ بأنّ المشتري كان راضياً بالبيع على أيّ حال، ولو كان فضوليّاً، وأنّه يكون راضياً بتصرّف عروة في ماله قبل انتقاله إلى النبيّ‌.

وربّما يُستدلّ أيضاً علىٰ صحّة الفضولي: بفحوىٰ صحّة عقد النّكاح من

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٢٥ سطر ٥.

الفضولي في الحرّ والعبد الثّابتة بالنّص والإجماعات المحكية، فانّ تمليك بُضع الغير إذا ثبت بالإجازة كان تمليك ماله أولىٰ بذلك، مضافاً إلىٰ ما عُلم شدّة الاهتمام في عقد النّكاح «**لأنّه يكون منه الولد**»[1] كما في بعض الأخبار، وقد أشار إلى هذا الفحوىٰ بعضٌ، واستدلّ بها في «الرّياض»، بل قال إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكيّة على المنع.

ولكن يشكل ذلك بعدم الاطمينان بذلك الفحوىٰ، أعني اقتضاء الاهتمام بعقد النّكاح، وكون الولد منه، واستلزام جواز الفضولي فيه جوازها في سائر العقود، لإمكان دعوىٰ اقتضاء ذلك توسعة الشّارع في أمره، حتّىٰ لايقع النّاس في محذور الحرام، ألا ترىٰ أنّه أمضىٰ سكوت الباكرة العفيفة بدلاً عن الرّضا في النّكاح، مع عدم كفايته بدلاً عنه في غيره؟ وكذا أجاز قبول قول المرأة فيها في غير مقام، مع انّه لايقبل قولها في الحقوق الماليّة قطعاً؟

وبالجملة: فلا وثوق لإقتضاء الفحوىٰ ذلك، ثمّ لو تمّ ذلك الفحوىٰ، لا يوهنه ما ورد من الخبر ردّاً على العامّة، الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول ـ مع جهله بالعزل ـ وبين بيعه بالصحّة في الثّاني، لعدم فوت المال عنه، لأنّ له عوضٌ ممّا قصر يده عنه مطلقاً، والبطلان في الأوّل، لأنّ البضع يفوت عليه وليس له عوضٌ، يعني يخرج عن حيطة[2] اختيارها مطلقاً، حيث قال الإمام عليه السلام في مقام ردّهم «**سُبحان الله! ما أجور هذا الحُكْم وأفسده فانّ النّكاح أولىٰ وأجْدَر لأنْ يُحتاط فيه، لأنّه الفَرْجُ، ويكونُ منه الولد**»[3] الخبر، لدلالة الرّواية أيضاً على أجدرية ملاحظة الاحتياط في أمر النّكاح. ومعلوم أنّ إجمال وجه الاحتياط في الرّواية غير موجب لصرف الظّهور ورفع اليد عنه في مقامٍ نعلمُ باقتضاء الأهميّة بشيء، كما لايخفىٰ.

---

١ و ٣ ـ وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ٢ ص ١٦٣.

٢ ـ زيادة من النسخة الثانية.

والظّاهر أنّ المراد من الرّواية ردع طريقة العامّة، حيث أنّهم راعوا في النّكاح الاحتياط بملاحظة حال المتعاقدين ـ أعني الزّوج والزّوجة ـ فردعهم الإمام عليه السلام، بأنّ مراعات الاحتياط في حكم الشّارع، فلا يقعوا في مخالفته في أمر النّكاح أجدر من مراعات حال الزّوجين، لأنّ منه الولد، فلِمَ لايبالون به، لعلّه في الواقع قد يكون محقّقاً في الموارد الّتي لا يعلمون بتحقّقه، فهذه قاعدة عَلِم العباد بها، ثم بيّن الحكم الواقعي في المقام، وهو عدم انعزال الوكيل، فيصحُّ الإتكال لأجله بحكاية محاكمة أمير المؤمنين عليه السلام في الحكم بصحّة النّكاح في هذه القضيّة.

ويمكن أن يكون المراد ردعهم برفعهم اليد عن القاعدة المتقنة الجارية في المقام والعمل على استحساناتهم الواهية، وهي إبقاء الوكالة حتّىٰ يثبت المزيل، وعدم الاعتناء بما يحتمل أنْ يكون مزيلاً، فالاعتناءُ به موجبٌ لترك الاحتياط في أمر النّكاح، ورفع اليد عن مقتضاه بسهولة، ويجري فيه بعض الاحتمالات الأُخر[1].

وكيف كان، فلا يَضرُّ ذلك بالاستدلال، ولكنّه ذكر الشيخ رحمه الله في المكاسب في توجيه الرّواية ما ينافسه، ولكنّه لايخلو عن تأمّل.

وأنت بعد التأمّل فيما ذكرنا تعرف أنّ ما استظهره من الرّواية يمكن منعه، مع أنّ الالتزام بما ذكره في غاية الإشكال، فراجع.

ثُمّ انّه ربّما يؤيّد صحّة الفضولي، بل يُستدلّ عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّة:

مثل: موثّقة جميل عن أبي عبدالله عليه السلام:

«في رجلٍ دَفع إلىٰ رجلٍ مالاً ليشتري به ضَرْباً من المتاع مضاربةً، فاشترىٰ غير الّذي أمره.

قال: هو ضامنٌ، والرّبح بينهما علىٰ ما شرطه»[2].

---

١ ـ والظاهر أنّ التوجه الاول أقرب الاحتمالات بل أظهرها (منه قدس سره).

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ١ ص ١٨.

ومثل: رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الّذي دُفع إليه مالاً ليشتري به نَسَمة ويعتقها ويحججهُ عن أبيه، فاشترىٰ أباه وأعـتقه، ثمّ تـنازع مـولىٰ المأذون ومولىٰ الأب، وورثة الدّافع، وادّعىٰ كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفرعليه السلام:

«يُردّ المملوك رِقّاً لمولاه، وأيّ الفريقين أقاموا البيّنة بعد ذلك علىٰ أنّه اشتراه بماله كان رقّاً»[1] الخبر.

بناءً على أنّه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملّك المبيع بعد مطالبته المتضمّنة لإجازة البيع، لم يكن مجرّد دعوىٰ الشّراء بالمال، ولا إقامة البيّنة كـافية في تمـلّك المبيع.

ومنها: ما دلّ علىٰ عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معلّلاً بأنّه:

«لَمْ يَعْصِ اللهَ وإنّما عصىٰ سيّده»[2].

ومفاده أنّ المانع من صحّة العقد الّذي إذا كان لايرجىٰ زواله ـ فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً ـ وهو عصيان الله تعالىٰ، وامّا المانع الذي يرجىٰ زواله كمعصية السيّد، فبزواله يصحّ، العقد ورضا المالك من هـذا القـبيل، فـانّه لا يـرضىٰ أوّلاً ويرضىٰ ثانياً، بخلاف سخط الله عزّوجلّ بفعل فانّه يستحيل رضاه.

وجعل هذه الرّوايات الواردة في خصوص العبد مـؤيّداً لا دليـلاً، لاحـتمال إمكان الفرق بين الرّضا بما فعله عبده وبين ما فعله غيره، بحيثُ يؤثّر الرضا في الأوّل دون الثاني.

واحتُجَّ للبطلان بالأدلّة الأربعة:

أمّاالكتاب: فقوله تعالىٰ: **﴿لا تأكُلُوا أمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بالباطل إلّا أنْ تكُونَ تِجارةً عَنْ تراضٍ﴾**[3]. دلّ بمفهوم الحصر أو سياق التّحديد على أنّ غير التّجارة عن تراض أو

١ ـ وسائل الشيعة: ج١٨ باب ٢٥ ص ٢٨٠.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج٢١ باب ٢٤ ص ١١٤.

٣ ـ سورة النساء: آية ٢٩.

التجارة لا عن تراضٍ، غير مبيحٍ لأكل مال الغير، وإنْ لحقها الرّضا، ومن المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنىٰ.

وفيه: ما عرفت سابقاً من كون الاستثناء منقطعاً، فلا يدلّ على الحصر والقيد وارد مورد الغالب لو قلنا بدلالته على المفهوم وقد أوضحناه فيما سبق فراجع، مع انّه يصير تجارة للمالك بعد إمضائه وحينئذٍ يصدق عليه أنّها تجارة عن تراض.

وامّا السنّة: فهي أخبار كلّها قاصرة الدّلالة عن إفادة المرام.

منها: النبويّ المستفيض وهو قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام:

«لاتَبعْ ماليَس عِنْدك»[1].

ومنها: النبوّي الآخر: **«لا بيع إلّا فيما يملك»**[2].

ومنها: ما ورد في توقيع العسكري صلوات الله عليه إلى الصفّار:

«لايَجوُزُ بيع ما لَيس يُملك»[3].

ومنها: ما عن الحميري أنّ مولانا عجّل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله: **«أنّ الضَيعة لايَجوزُ ابتياعها إلّا عن مالكها أو بأمره أو رضاً منه»**[4].

ومنها: ما في الصّحيح عن محمّد بن مسلم الوارد في أرض بفم النّيل اشتراها رجلٌ وأهل الأرض يقولون هي أرضنا، وأهل الاستان يقولون هي من أرضنا.

فقال: **«لاتَشتَرها إلّا برضا أهلها»**[5].

وما في الصّحيح عن محمّد بن أبي القاسم بن الفضل، في رجل اشترىٰ من امرأة

---

١ ـ سنن الترمذي: ٣ / ٥٣٤، السنن الكبرىٰ: ٥ / ٢٦٧، وايضاً نحوه في الوسائل: ج١٨ ص٣٨.

٢ ـ عوالى اللئالى: ١ / ٢٣٣ حديث ١٣٦، السنن الكبرى: ٧ / ٢١٨.

٣ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢ ص ٢٣٩.

٤ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١ ص ٢٣٧.

٥ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١ ص ٢٣٤.

من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها كتاباً قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيها المال أم يمنعها؟

قال: «قل يمنعها أشدّ المنع، فانّها باعت ما لم تملكه»[1].

وهذا كلّه كما ترىٰ غير منافٍ للمقصود، إذ المقصود إثبات صحّة البيع ووقوعها للمالك بعد الإجازة، وهذه الأخبار تدلّ على أنّ البيع من غير المالك لايترتّب عليه الأثر المقصود منه، أعني تحقّق النّقل والإنتقال للبايع، لأنّ أغلبها مسوقٌ لبيان بطلان بيع الغاصب، ومعلومٌ أنّ بطلانه في هذا المقام ليس إلّا عدم ترتّب الأثر المقصود منه،وامّا صيرورته عقداً للمالك بالإجازة فهو ليس من آثاره المقصودة، مع أنّ الرواية النبوي ـ بقرينة السّؤال بحسب الظّاهر ـ يكون ردعاً عن طريقتهم المعروفة، وهي أن يبيع عن نفسه ثم يمضي ليشتريه من مالكه، ومعلوم أنّ ذلك غير جائز، أعني غير واقع عنه، ولاينافي ذلك وقوعه للمالك لو أجازه، كما لايخفىٰ.

وملخّص الجواب: أنّها تنفي ترتّب الأثر المقصود منها، أعني تحقّق النّقل والإنتقال بفعل غير المالك، وليست متعرّضة للمقام الّذي نحن بصدد إثباته، وورود بعضها في غير هذا المقام واضحٌ.

ولو أبيت إلّا عن شمول بعضها لما نحن فيه فنقول: إنّها خُصّصت بالرّوايات الدالّة علىٰ وقوع بيع الفضولي عن المالك، كرواية محمّد بن قيس، وحديث عروة، وغير ذلك، لكونها أصرح دلالة كما لايخفىٰ.

وامّا رواية القاسم بن الفضل فلا تدلّ إلّا علىٰ عدم جواز إعطاء الثّمن للفضولي، لأنّه باع ما لا يملك، وهذا حقٌّ لا ينافي صحّة الفضولي.

وبالجملة: فالإنصاف أنّه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها علىٰ عدم وقوع

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١ ص ٣٣٤.

بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرّض فيها إلّا لنفي وقوعها للعاقد.

الثّالث: الإجماعات المنقولة المستفيضة علىٰ بطلان شراء الغاصب بعين المغصوب.

والجواب: أنّ المدّعي إنْ أراد عدم وقوعه للغاصب فهو مسلّمٌ، وإنْ أراد عدم وقوعه للمالك بعد الإجازة فثبوت الإجماع فيه ممنوعٌ، بل المظنون عدمه، لذهاب معظم القدماء على الصحّة، واطباق المتأخّرين عليها علىٰ ما حُكي، عدا فخر الدّين وبعض متأخّري المتأخّرين علىٰ ما نُسب إليه.

الرّابع: حُكم العقل والنّقل علىٰ عدم جواز التصرّف في مال غيره إلّا باذنه، ولا ريب أنّ بيع مال الغير تصرّفٌ فيه عرفاً.

والجواب: منع كون العقد علىٰ مال الغير، متوقّعاً لإجازته، غير قاصدٍ لترتّب الآثار عليها تصرّفاً في مال الغير.

سلّمنا كونه تصرّفاً، لكنّه نمنع استقلال العقل بقبح مثل هذا التصرّف كالاصطلاء بنار الغير والاتّكاء بحائطه، مع أنّا نفرض فيما لو عَلم بشهادة الحال جواز مثل هذه التصرّفات الجزئيّة الّتي لا تضرّه، مضافاً إلى أنّ النّهي في المعاملات غير موجب للفساد، إذ غاية ما في الباب كون السّبب حراماً، وذلك لا يدلّ علىٰ نفي سببيّته، نعم لو تعلّق النّهي علىٰ ترتّب الأثر عليه يدلّ على الفساد وعدم حصول الأثر، وليس ما نحن فيه منه كما لا يخفىٰ.

ثمّ أنّه لو سبقه منع المالك، المشهور أيضاً صحّته بعد الإجازة.

وقد يتوهّم: البطلان ـ كما نسب إلىٰ بعض ـ من أنّ الكراهة والمنع ثابتة حين وجود العقد، فهو بمنزلة الردّ، ولا شبهة في بقائها بعد العقد ولو آناما، إذ المفروض انفكاك العقد عن الرّضا ولحوق الإجازة فيما بعد، فيؤثّر الردّ أثره قبل تحقّق الإجازة.

وضعفه ظهر ممّا سبق، وظهر أنّ الخارج من عموم وجوب الوفاء بالعقد ليس

إلّا ما لا يقارنه طيب النفس أصلاً، وبقي الباقي تحت العموم، وكيف لا ولو كان ما توهّم بمنزلة الرّد للزم الالتزام ببطلان عقد المُكْرَه وعدم صلاحيّته للحوق الإجازة، وقد عرفت خلافه، مع أنّ الظّاهر انّ المتوهّم أيضاً لا يلتزم بذلك.

هذا كلّه لو باع الفضولي للمالك، وقد عرفت صحّته بعد إجازته.

وامّا لو باع الفضولي لنفسه ـ وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وقد يتحقّق من غيره ـ بزعم ملكيّة المبيع، والأقوىٰ فيه الصحّة أيضاً، بمعنىٰ وقوعه للمالك بعد إجازته، وفاقاً للمشهور للعمومات المتقدّمة بالتّقريب المتقدّم، وفحوى الصحّة في النّكاح علىٰ ما ذكرنا.

ولكنّك قد عرفت الخدشة في الفحوىٰ عن الشيخ، فاستدلاله في هذا المورد بها لعلّه في غير محلّه، ويتوجّه علىٰ هذا الحكم إشكالان:

أحدهما: أنّ هذا الشّخص الفضولي العاقد لنفسه كيف يقصد المعاوضة مع أنّ المعاوضة لا تعقل إلّا بخروج العوض عن ملك من يدخل المعوّض في ملكه، والمفروض أنّه لايخرج عن ملك العاقد شيءٌ، فكيف يقصد المعاوضة لنفسه.

والجواب: بعد اختصاص ذلك بالغاصب دون من تخيّل جهلاً مالكيّة نفسه، أنّ الغاصب يجعل أوّلاً نفسه مالكاً ولو تشريعاً، ثمّ يقصد المعاوضة، فهو مالك ادعاءً، فهذا نظير المجاز الادّعائي، وهذا المقدار يكفي في صحّة إنشاء المعاوضة وإمكان قصدها كما لايخفىٰ. نعم لو لم يبن علىٰ ذلك لايتحقّق المعاوضة أصلاً لما ذكر، لامتناع القصد بها.

وثانيهما: أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فانْ تعلّقت إجازة المالك بهذا الّذي قصده البايع، كان منافياً لصحّة العقد، لأنّ معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثمن بإجازته، وإنْ تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنفٍ لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النّقل المنشئ غير مجازٍ والمجازُ غير منشيءٍ.

وقد أُجيب عن الإشكال: بما يرجع محصّله إلىٰ كون إجازة المالك عقداً

جديداً من طرف المالك والمشتري، فيكون علىٰ هذا نفس الإجازة بمنزلة طرفي العقد، إذ المفروض أنّه لم يتحقّق من المشتري تبديل آخر ثانٍ غير التّبديل المتحقّق في ضمن العقد الأوّل الّذي لم يترتّب عليه الأثر، فيكون الإجازة قائمة مقام الطّرفين.

وفيه: أنّه خلاف الإجماع، من توقّف العقد على الطّرفين، أعني الإيجاب والقبول.

والقول: بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، لم يُعهد من أحدٍ من العلماء، نعم حَكي «كاشف الرّموز» علىٰ ما حكىٰ عن شيخه كون الإجازة من مالك المبيع بيع مستقلّ، فهو بيعٌ بغير لفظ البيع، قائمٌ مقام إيجاب البايع، وينضمّ إليه قبول المشتري، فيتحقّق العقد بركنيه، وهذا غير جارٍ فيما نحن فيه، لأنّ المشتري قصد نقل الثّمن إلىٰ هذا الشّخص البايع الغير المالك، فليس قابلاً لانضمامه إلى إيجاب المالك.

وتوضيحه: أنّه إذا قصد البايع البيع لنفسه، فقد قصد المشتري تمليك الثّمن له، وتمليك المبيع منه، فاذا بنىٰ علىٰ كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فكذا قبوله أيضاً مغايرٌ لانطباقه على الإيجاب الواقع، فالاكتفاء عنه بمجرّد إجازة المالك الرّاجعة إلىٰ تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفاية رضا البايع، أعني المالك وإنشائه، عن رضا المشتري وإنشائه وهذا الذي ذكرنا أنّه خلاف الإجماع، فالأولىٰ في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أُجيز.

توضيحه: أنّ الفضولي إنّما قصد تمليك الثّمن للمشتري بازاء الثّمن، وامّا كون الثّمن مالاً له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه.

وبعبارة اُخرىٰ: أنّ مفهوم الإيجاب ليس إلّا انشاء المعاوضة، وقضيّته دخول كلّ من العوضين في ملك من خرج العوض الآخر عن ملكه، وحيثُ أنّ البايع يملك المثمن بانياً علىٰ تملّكه له وتسلّطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بنائه علىٰ تملّك الثّمن والتسلّط عليه، وهذا معنىٰ قصد البيع لنفسه، وحيث أنّ المثمن مِلْكٌ لمالكه

فاذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أنّ قصد البايع البيع لنفسه غير مأخوذٍ في مفهوم الايجاب حتّىٰ يُردّدُ الأمرُ في المقام بين المحذورين، بل مفهوم الايجاب هو تمليك المثّمن بعوضٍ من دون تعرّض لمن يرجع إليه العوض، إلّا باقتضاء المعاوضة لذلك.

ولا تتوهّم: أنّ هذا منافٍ لما ذكرنا في الجواب عن الإشكال الأوّل، من أنّه يقصد نفسه مالكاً، وإلّا لا يعقل تحقّق قصد المعاوضة، لأنّ البناء المذكور لأجل صحّة تحقّق القصد بالمعاوضة، وهذا وإن كان تحقّقها متوقّفاً عليه إلّا أنّه ليس مأخوذاً في مفهومها، فمفهوم المعاوضة وإنشاء نفس هذا المعنىٰ غير مأخوذ فيه ذلك، كما لا يخفىٰ.



القول في الإجازة

والكلام فيها يقع:

تارةً: في حكمها وشروطها.

واُخرىٰ: في المُجيز.

وثالثة: في المُجاز.

أمّا حكمها: فقد إختلف القائلون بصحّة الفضولي، بعد اتّفاقهم علىٰ تـوقّفها على الإجازة، في كونها كاشفة، بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حينه، حتّىٰ كأنّ الإجازة وقعتْ مقارنة للعقد، أو ناقلة، بمعنىٰ ترتّب آثار العقد من حينها، حتّىٰ كأنّ العقد وقع حال الإجازة، على قولين فالأكثر على القول الأوّل.

واستدلّ عليه: كما عن «**جامع المقاصد**» و«**الرّوضة**» بأنّ العقد سببٌ تامّ في الملك لعموم قوله تعالىٰ: ﴿**أُوفُوا بِالعُقُود**﴾[1] وتمامه في الفضولي إنّما يُعلم بالإجازة،

---

١ ـ سورة المائدة: آية ١.

فاذا أجاز تبيّن كونه تامّاً، فوجب ترتّب الملك عليه، وإلّا لزم أنْ لايكون الوفاء بالعقد خاصّة، بل به مع شيء آخر، وبأن الإجازة متعلّق بالعقد وهو رضىً بمضمونه، ومضمونه ليس إلّا نقل العوضين من حينه.

ومحصّل الدّليل الأوّل: وجوب مقارنة الأثر ـ أعني الملكيّة ـ مع مؤثّره التّام، وهو العقد، وعدم جواز انفكاكه عنه.

ويؤيّده: في خصوص المورد «مادّة» الوفاء لإقتضائها ترتيب آثار الملكيّة من حين وقوع العقد، ضرورة عدم صدق الوفاء بذلك العقد بترتّب الآثار بعد مضيّ سنة.

ومحصّل الدليل الثّاني: أنّ مدلول العقد ومفاده هو ذلك، وبعد امضاء الشّارع لذلك المضمون يجبُ العمل علىٰ مقتضاه، وحُكي عن الشّهيد﵀ تقرير الدّليل الأوّل بوجهٍ آخر وهو أنّ العقد الواقع جامعٌ لجميع الشّروط، وكلّها حاصلة إلّا رضاه، فاذا حصل بالإجازة عَمِل السّببُ عمله.

وهذان الدّليلان بظاهرهما لا يخلوان عن نظر، ولا سيما إذا تقرّر الدّليل الأوّل بالوجه الآخر.

امّا الأوّل: فلمنع كون العقد بنفسه سبباً تامّاً للملك، ضرورة تقييد الآية بما دلّ على اعتبار الرّضا، وأنّه «**لايَحلُّ مال امرءٍ إلّا عن طيب نفسه**»، فاذا كان للطّيب مدخليّة في التأثير، يمتنعُ تحقّق الأثر قبل تماميّة المؤثّر.

وتوهّم: كون الإجازة كاشفاً عن الرّضا المقارن للعقد، بيّنُ الدّفع، إذ الإجازة لاتدلّ إلّا على الرّضا حال الإجازة لا حال العقد، مضافاً إلىٰ أنّ الظّاهر أنّه ليس من شرائط صحّة الفضولي عند القائلين به الرّضا المقارن، بل قد عرفت فيما سبق إمكان دعوىٰ: منع كون العقد الصّادر من غير المالك المقارن برضاه فضوليّاً.

وبما ذكرنا ظهر أنّ تقرير الدّليل بالوجه الآخر بيّنُ الفساد، لإعتراف المستدّل بمدخليّة الرّضا في التأثير، وأنّه من جملة الشّروط، وإذا كان من جملة الشّروط

فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله.

وما قد يدّعىٰ من إمكان ذلك في الشّروط الشرعيّة دون العقليّة، لإناطتها في الشرعيّة بجعل الشّارع المتأخّر شرطاً، كما في بعض الأسباب الشرعيّة، مثل غُسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصّائمة وغيره من النّظائر.

ظاهره بيّن الفساد، لأنّ إمكان تحقّقه قبله ينافي التوقّف والشرطيّة، إذ الحكم بالامتناع بعد فرض التوقّف عقليٌّ، غاية الأمر مجعوليّة أصل التوقّف والاشتراط، وامّا بعد الجعل، فامتناع تحقّق المشروط ما لم يتحقّق الشّرط حكمٌ عقليٌّ، سواء كان الشّرط عقليّاً أو شرعيّاً، وإلّا لزم أنْ لايكون شرطاً، ضرورة تحقّق المشروط بدونه، وهذا خلاف المفروض، فهذه الدعوىٰ بمنزلة أنْ يقال إنّ التناقض الشّرعي بين الشيئين لا مانع عن اجتماعهما، لأنّ النّقيض الشّرعي غير النّقيض العقلي، ومن البيّن فساده.

إذا عرفت ذلك، علمت أنّ جميع ما ورد ممّا يتوهّم كونه من هذا القبيل، لابدّ من ارتكاب التّوجيه فيه بعد استقلال العقل، مثل أن يقال المتأخّر شرطٌ لا الشّرط متأخّرٌ، وهذا الوصف وإنْ كان أمراً اعتباريّاً منتزعاً إلّا أنّ له حظّاً من الوجود كالفوقيّة والتحتيّة وغيرهما من الإضافات والأُمورات الاعتباريّة، ولها آثار وأحكام، فيمكن أنْ يكون شيءٌ منها سبباً أو شرطاً لأمر اعتباريّ آخر. ولعلّ هذا مراد من اِدّعىٰ تجويز تأخّر الشّرط عن المشروط، فيكون مراده أنّه لمّا كان الأحكام الشرعيّة وأسبابها أمورات اعتباريّة كالزوجيّة والملكيّة وغير ذلك، يمكن فيها جعل المتأخّر شرطاً، بمعنى أنْ يُجعل تعقّب شيء شرطاً وللملك شيء وغير ذلك، فيكون هذا الوصف المنتزع الاعتباريّ المقارن للمشروط الّذي هو أيضاً أمر اعتباري فيه[1]، ومثله غير ممكن أن يكون شرطاً في الأشياء المتأصّلة الخارجيّة

---

١ ـ وعلىٰ هذا، فاطلاق الشّرط على المتأخّر لا وصف التأخّر مسامحة منه في التّعبير (منه قدس سره).

التي يتوقّف تحقّقها في الخارج عليها، لأنّ الأمر الاعتباري غيرُ قابلٍ للتأثير في المتأصّل الفعلي، ولو طرء في الخارج ما يُتراءىٰ منه التأثير في الأشياء المتأصّلة، فهو إنّما يكون مِنْ منشأ انتزاعها لا منها، وهذا ظاهرٌ لمن له أدنىٰ تأمّل.

ثمّ قد يقال: مثل ذلك في توجيه كلام المحقّق حيث قال: «إنّ العقد سببٌ تام في المِلْك، وتمامه في الفضولي إنّما يُعرف بالإجازة، وتقريب التوجيه أنّ العقد المتعقّب بالإجازة سببٌ تامّ لحصول الملك، فهذا الوصف الإعتباري أعني كونه متعقّباً بها شرطٌ في ترتّب الأثر عليه، وكونه واجداً لهذا الشّرط الّذي به يتحقّق تمام السّبب انّما يُعلم بالإجازة، وهذا التّوجيه ممّا احتمله بعض الأعلام، بل التزم به جماعة من متقاربي عصرنا، من أنّ معنىٰ شرطيّة الإجازة كونها كاشفة عن شرطيّة الوصف المنتزع، وهو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلّة التامّة العقد الملحوق بالإجازة، وهذه صفة مقارنة للعقد، وإنْ كان نفس الإجازة متأخّرةٌ عنه، ولازم ذلك الإلتزام بجواز تصرّف المشتري في المبيع لو علم بأنّ المالك سيجيز العقد. والظاهر أنّ الالتزام به مشكلٌ، ويضعّف هذا التّوجيه أنّ الظّاهر من دليل الحِلّ وجواز الأكل، شرطيّة نفس الرّضا، لجواز التصرّف، لا الوصف المنتزع، كما لا يخفىٰ».

وقد يوجّه كلام المحقّق ﷺ بتوجيهين آخرين:

أحدهما: أنّ نفس الرّضا باعتبار وجودها المطلق ـ مع قطع النّظر عن الزّمان ـ شرط، فليس للزّمان مدخليّة في التأثير، وهو بهذا الاعتبار موجودٌ في ظرف وجوده أزلاً وأبداً، فيؤثّر في العقد تأثيره، فالشّرط حينئذٍ هو الرّضا في الجملة في أيّ زمان كان، من غير مدخليّة الزّمان، بل باعتبار الغاء هذه الخصوصيّة.

ويرد على هذا التوجيه: أنّ الرّضا المطلق بهذا الاعتبار أيضاً غيرُ صالحٍ في التأثير، إلّا فيما هو موجودٌ في ظرف وجوده.

وبعبارة أوضح: أنّ اعتبار إلغاء خصوصيّة الزّمان، وعدم مدخليّته في التأثير، غير موجبٍ لتقارن الموجود الّذي من جملة مشخّصاته الزّمان، مع ما هو

متقدّم عليه في الزّمان، حتّىٰ يؤثّر فيه، وكيف لا، وإلّا لجاز تقديم جميع المعلولات علىٰ عللها الفاعليّة الّتي لا مدخليّة للزّمان في علّيتها كما لا يخفىٰ.

وثانيهما: أنْ يقال إنّ العقد علىٰ قسمين؛ قسمٌ لا يقترن بالرّضا أصلاً، وقسم يقترن به في الجملة.

امّا القسم الّذي لايقترن به أصلاً لايجب الوفاء به قطعاً، لتخصيص دليل الوفاء بأدلّة الطّيب.

وامّا القسم الآخر، فهو باقٍ تحت العمومات، لا لمدخليّة الطّيب في هذا القسم حتّىٰ يقال إنّ الطّيب جزءُ المؤثّر، ولا يؤثّر العقد قبل تحقّقه، بل لأجل اقتران هذا القسم من العقد بخصوصيّات لا نعلمها، فيكون معرّفاً عن هذا القسم، وكون القسمين في نظرنا علىٰ حدٍّ سواء مع قطع النّظر عن الطّيب غيرُ موجبٍ لكونهما في الواقع كذلك، إذ من الجائز أنْ يكون لكلّ من القسمين خصوصيات لا يعلمها إلّا علّام الغيوب، وصارت خصوصيّات هذا القسم سبباً للحكم بوجوب الوفاء للقسم الآخر بنفسها.

ويُردُّ هذا التوجيه: مضافاً إلىٰ كونه بعيداً من أصله، ظهور أدلّة الطّيب، في كون نفس الطّيب شرطاً في حِلّ التصرّف لا خصوصيّات اُخر، ويكون الطيب مُعرّفاً عنها، فافهم.

وامّا الدّليل الثّاني: فقد أورد عليه شيخ مشايخنا ﷺ في «المكاسب»:

«**أوّلاً**: أنّ الإجازة وإنْ كانت رضاً بمضمون العقد، إلّا أنّ مضمون العقد ليس هو النّقل من حينه، حَتّىٰ يتعلّق الإجازة والرّضا بذلك النّقل المُقيّد بكونه في ذلك الحال، بَلْ هو نفس النّقل مجرّداً عن ملاحظة وقوعه في زمانٍ، وإنّما الزّمانُ مِنْ ضروريّات انشائه، فانّ قول العاقد (بعتُ) ليس نقلت من هذا الحين، وإنْ كان النّقل المُنشَئ به واقعاً في ذلك الحين، فالزّمان ظرفٌ للنّقل لا قيدٌ له، فكما أنّ إنشاء مجرّد النّقل الذي هو مضمون العقد في زمانٍ يوجبُ وقوعه من المنشيء في ذلك

الزّمان فكذلك إجازة ذلك النّقل في زمانٍ يوجبُ وقوعه من المجيز في زمان الإجازة، وكما أنّ الشّارع إذا أمضىٰ نفس العقد وقع النّقل من زمانه، فكذلك إذا أمضىٰ إجازة المالك وقع النّقل من زمان الإجازة، ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع المِلْك مِنْ زمان الإيجاب، مع أنّه ليس إلّا رضاً بمضمون الايجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النّقل من حينه، وكان القبول رضاً بذلك، كان معنى إمضاء الشّارع للعقد الحكم بترتّب الأثر مِنْ حين الإيجاب، لأنّ الموجبَ ينقلُ من حينه، والقابلُ يتقبّل ذلك ويرضىٰ به»[1].

ثمّ أورد عليه ثانياً بما حاصله: «أنّه سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه، وأنّ الإجازة هو الرّضا بهذا المضمون، لكنْ نقول لَمْ يَدلّ دليلٌ على إمضاء الشّارع لإجازة المالك علىٰ هذا الوجه، لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليفٌ يتوجّه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد والنّذر، ومن المعلوم أنّ المالك لا يصيرُ عاقداً أو بمنزلته إلّا بعد الإجازة، فلايجبُ الوفاء إلّا بعدها، ومِنَ المعلوم أنّ المِلْك الشّرعي يتّبعُ الحُكم الشّرعي، فما لم يجب الوفاء فلا مِلْك».

ثمّ أورد عليه ثالثاً بما ملخّصه: «انّا لو سَلّمنا كون مفهومها العرفي كما ذكرت، وأنّ الدّليل يعني عموم «**أوفوا بالعقود**» دَلّ على إمضاء الشّارع لها علىٰ طبق مفهومها العرفي، يعني جعل العقد جائزاً نافذاً مِنْ زمان وقوعه.

لكن نقول: انّ هذا المعنىٰ علىٰ حقيقته غَير معقول، لأنّ العقد الموجود علىٰ صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له، لإستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه، فإذا دلّ الدّليل الشّرعي على إمضاء الإجازة علىٰ هذا الوجه الغير المعقول، فلابدّ من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملةَ العقد الواقع مؤثّراً من حيث ترتّب الآثار المملكة، فإذا أجاز المالك حَكَمنا بانتقال نماء

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٣٢ سطر ٢١.

المبيع بعد العقد إلى المشتري، وإنْ كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك ووقع النّماء في ملكه.

والحاصل: أنّه يُعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثّراً من حينه بالنّسبة إلىٰ ما أمكن من الآثار، وهذا نقلٌ حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات» انتهىٰ.

* * *

في أنّ الزّمان من خصوصيّات الإنشاء ولوازمه

أقول: مقتضى الإنصاف أنّ مضمون العقد ومفهومه وإنْ كان مُعرّىً عن الزّمان، ولا يكون الزّمان مأخوذاً في مفهوم العقد، إلّا أنّه من خصوصيّات الإنشاء ولوازمه، كما اعترف به الشّيخ من انّه من ضروريّات وجوده، ولاريب أنّ الإجازة إنّما تتعلّق بذلك العقد الخاصّ الّذي من جملة مشخّصاته الزّمان الماضي، وليس له ـ مع قطع النّظر عن الزّمان ـ وجوداً مستمرّاً حتّىٰ ينضمّ بالإجازة في زمان الإجازة.

توضيحه: أنّ العقد الواقع في الأمس لا وجود له فيما بعد الأمس، سواءً كان الظّرف مأخوذاً في مفهوم العقد أو غير ملحوظ فيه أصلاً، بل كان مفهومه منحصراً في نفس الإنشاء، ضرورة كون الإنشاء المستفاد من العقد جزئيّاً خارجيّاً موجوداً في ظرف وجوده، ولا وجود له فيما بعد هذا الزّمان، نعم له أثرٌ مستمرٌّ وهو الملكيّة من زمان حدوثه إلىٰ آخر الأبد مثلاً، وعلىٰ هذا فامضاء العقد ليس إلّا الرّضا بالنّقل الخاص الّذي انشأ في الأمس الذي لا وجود له فيما بعد الأمس، واعتبار عدم كون الزّمان إلّا ظرفاً له غَيرُ موجبٍ لصيرورته محيطاً كما لايخفىٰ. فالإجازة إنّما انطبقت علىٰ ما وقع، وهو العقد المتحقّق في الزّمان الماضي.

ويؤيّد ذلك: أنّا إذا راجعنا وجدنا أنّه لو قال المشتري انّي رضيتُ بنقل الملك الصّادر من زيد مثلاً من هذا الحين، لم يكن ذلك إجازةً وامضاءً للنّقل الصّادر منه فضولاً في السّنة السّابقة، بخلاف انّي رضيتُ بما فعله من زمان صدور الفعل منه، فانّ ذلك إمضاء لفعله في نظر العرف بشهادة الوجدان، فمقتضىٰ ما ذكرنا أنّ الإجازة إنّما تتعلّق بذلك العقد الخاص، ويصيرُ العقد الخاص بسبب الإجازة عقداً للمالك.

والحاصل: أنّ معنى الإجازة ـ بمقتضى مفهومها العرفي ـ هو الرّضا بما مضى، أعني العقد الخاص الواقع في الأمس، فيصير هذا العقد الخارجي الصّادر في الأمس عقداً للمجيز من حين إجازته لأجل الإجازة، وحينئذٍ نقول إذا دلّ الدّليل أنّه يجب الوفاء بذلك العقد، معناه وجوب العمل بمقتضاه ومؤدّاه العرفي، وقد عرفت أنّ مؤدّى الإجازة ومضمونها إمضاء العقد الماضي من زمان حدوثه.

وعلىٰ ما ذكرنا فيتوجّه الإيراد الثالث الّذي ذكره، فلابدّ حينئذٍ من الإلتزام بالكشف الحكمي الذي ذكره كما ذكره وسيجيىء مزيد توضيح لذلك إن شاء الله.

ثُمّ إنّ ما ذكره ﷺ من النّقض بالقبول ففيه الفرق بين القبول والإجازة.

بيان ذلك: أنّ القبول ليس مجرّد إمضاء الإيجاب، بل هو مشتملٌ على إنشاء التّملك، كما أنّ الإيجاب مشتمل علىٰ إنشاء التّمليك، وكيف لا وقد تسالموا على أنّ القبول ركن العقد، مع أنّ القبول لو كان إمضاءً للإيجاب للزم أنْ يكون الإيجاب وحده تمام العقد ولا يلتزمون به، وهذا بخلاف الإجازة فانّها منطبقة علىٰ عقدٍ تام مشتمل على الإيجاب والقبول.

توضيح الفرق: أنّا لو التزمنا بأنّ العقد يدلّ بمفهومه علىٰ وقوع الأثر من حينه، لايلزم ذلك ورود النّقض بالقبول، لأنّ القبولَ ركنُ العقد مشتملٌ على الانشاء، ولايترتّب علىٰ صرف النّقل الإيجابي أثرٌ حتّىٰ يترتّب من حين الإيجاب، ضرورة عدم تحقّق الأثر قبل تماميّة المؤثّر، والمفروض أنّ الإنشاء الّذي يتضمّنه القبول أحد ركني العقد، وليس هو إلّا من حين إنشائه، فلفظ (قبلتُ البيعَ) بمنزلة

اشتريت، وهذا يقتضي وقوع الشّراء من حينه علىٰ هذا القول، لا من حين البيع، ومعلوم أنّ ذلك ليس إخباراً عن وقوع الشّراء حين تحقّق البيع كما لا يخفىٰ.

ومحصّل ما ذكرنا: أنّ العقد مركّبٌ من إيجاب وقبول، وكلٌّ منهما مشتملٌ على إنشائين، أحدهما: أصليٌّ، والآخر تبعيّ. فقول البائع (بعتك هذا بدرهم) مشتملٌ على إنشاء تمليك المثمن ونقله إلى المشتري بالأصالة، وإنشاء انتقال الثّمن وتملّكه عوضاً عن المبيع تطفّلاً، وكذا قول المشتري (اشتريته به) يشتمل على إنشاء تملّك المثمن ونقل الثمن عوضاً له، فكما أنّ الإيجاب يقتضي وقوع النّقل من حينه، كذلك القبول يقتضي وقوع التملّك من حينه، والمفروض أنّ الملكيّة من آثار تمام العقد وتماميّته إنّما تتحقّق حين إنشاء القبول، نعم لو التزم بأنّ القبول مجرّد الرّضا بالإيجاب لتمّ النّقض، إذ الإجازة في الفضولي إنّما تتحقّق بعد تمام العقد بركنيه، وهي ليست إلّا الرضا بما وقع، ولذا لو فرض تجريد القبول عن الإنشاء بحيث لا يقصد به سوى الرّضا بالإيجاب من دون إنشاء الإنتقال لانلتزم بصحّة العقد وتماميّته.

ثُمَّ إنّا وإنْ لم نلتزم بدلالة العقد بمفهومه اللّفظي علىٰ وقوع الأثر، أعني النّقل من حينه، إلّا أنّ مقتضىٰ ما ذكرنا من كون الزّمان من خصوصيات العقد هو أنْ يُقال إنّ الإجازة واقعةٌ علىٰ هذا العقد الخاص، اقتضىٰ حصول الملكيّة من حينه، وهذا هو مقتضىٰ مفهومها العرفي.

ولكنّك قد عرفت ـ كما ذكر في الإيراد الثّالث ـ امتناع صيرورة الإجازة سبباً لتأثير العقد من حين وقوعه، ضرورة استحالة انقلاب الشّي عمّا وقع، وقد وقع العقد غيرُ مؤثّرٍ إلىٰ زمان الإجازة، فكيف ينقلب مؤثّراً، فالإجازة وإنْ كانت سبباً لصيرورة هذا الخاص الواقع في الأمس مثلاً عقداً للمجيز إلّا انّه لايتمكّن أن يكون لكون العقد مؤثّراً من زمان صدوره، إذ الزمان الماضي لا يصدرُ حتّىٰ يؤثّر العقد الموجود بصفة عدم التأثير أثره، فعلىٰ هذا لو دلّ دليلٌ على أنّ هذا العقد الخاص يجبُ الوفاء به، ومعلومٌ أنّ الوفاء بالعقد عبارةٌ عن الإلتزام بمؤدّاه، وقد عرفت أنّ

مؤداه حصول النّقل من حينه، وقد تبيّن أنّ الالتزام بذلك من زمان الحصول غير معقول، فلابدّ من صرف ذلك الدّليل:

إمّا بأنْ يقال: إنّه مقيّد بالإمكان، وأنّ الوفاء به فيما مضىٰ من الزّمان مستحيلٌ، والممكن من الوفاء به إنّما هو بالنّسبة إلى المستقبل، فيكون ذلك الدّليل دليلاً لصحّة هذا العقد الفضولي، وكونه ناقلاً من زمان الإجارة.

وإمّا بأنْ يقال: إنّه يدلّ علىٰ وجوب ترتيب الأثر علىٰ هذا العقد، وعدم جواز رفع اليد عنه بقدر الإمكان، فالالتزام بمدلول العقد في الماضي، أعني تحقّق الملكيّة فيه وإنْ لم يكن ممكناً، إلّا أنّ ترتيب آثار الملكيّة التقديريّة ممكنٌ في زمان الإجازة، مثل استيفاء المنفعة، وأخذ البدل علىٰ صورة التّلف على احتمالٍ، فالوفاء بهذا العقد بالنّسبة إلىٰ الزّمان الماضي هو ترتّب آثار الملك فيه حُكماً، بقدر الإمكان وفي المستقبل ترتيب آثاره حقيقة والإلتزام بتحقّقه واقعاً، ولا يلزم علىٰ ذلك استعمال اللّفظ في معناه الحقيقي والمجازي، لاستعماله في الجامع بينهما، مثل أنْ يقال لايجوز رفع اليد عن العقد الواقع وأنّه أوفِ به كلّما أمكنك من الوفاء ولو حُكماً كما لايخفىٰ، فعلىٰ هذا يكون ذلك دليلاً للكشف الحكمي. هذا إذا لم نقل بكون ذلك بالنّسبة إلى الزّمان الماضي وفاءٌ حقيقةً.

وامّا إذا قلنا بصدقه عليه، وكون ذلك وفاءٌ حقيقةً بهذا العقد، كما أنّه ليس ببعيد، أو قلنا بأنّ ذلك مرتبةٌ من الوفاء، فيكون الوفاء ذا مراتب، فما لا يُدرك كلّه لا يترك كلّه، فلا إشكال في كون هذا المعنىٰ معنيّاً، وكونه دليلاً علىٰ صحّة الفضولي، وكون الإجازة ناقلة بحكم الكشف، فالمتعيّن حينئذٍ الكشف الحكمي كما لايخفىٰ.

وبما ذكرنا تبيّن حال ما دلّ علىٰ وجوب الوفاء بالعقود من كيفيّة شموله لهذا العقد بعد صيرورته عقداً للمجيز، إذ الأمر حينئذٍ دائر ـ بعد ملاحظة إمكان الوفاء به حقيقةً من أوّل زمان صدوره، بناءً علىٰ صدق الوفاء على النحو المذكور ـ بين أنْ يقال إنّ هذا الفرد من العقد خارجٌ عن العموم رأساً، فيكون بالنّسبة إليه مخصّصاً،

والقرينة عليه حكم عدم إمكان الوفاء به، فمعنى الدّليل علىٰ هذا أنّه يجبُ الوفاء بكلّ عقد إلّا هذا الفرد الّذي لايمكن الوفاء به.

وبين أنْ يقال: إنّه يشمل هذا العقد أيضاً، ولكنّه بعيدٌ بالنّسبة إليه بالقدر الممكن، وهذا العقد وإنْ لم يمكن الوفاء به حينئذٍ بالنّسبة إلى الزّمان الماضي، ولكنّه بالنّسبة إلى المستقبل ممكنٌ، فيشمله بالنّسبة إليه، فمعناه حينئذٍ أنّه يجبُ الوفاء بكلّ عقدٍ بقدر الإمكان، فما لايمكن الوفاء به خارجٌ عن مدلوله.

وبين أنْ يقال: إنّه يجبُ الوفاء بكلّ عقد بكلّ مقدارٍ ممكنٍ من الوفاء، ويقال إنّ ما ذُكر أيضاً مرتبةٌ من الوفاء وإنْ لم يكن حقيقة، ولكنّه في حكم الوفاء الحقيقي.

قد عرفت مراراً أنّ هذا الاحتمالات كلّها علىٰ فرض عدم الإلتزام يكون ذلك وفاء حقيقة، وإلّا فلا شبهة في كون الاحتمال الأخير متعيّناً.

ثُمّ أنّ المتعيّن من تلك الاحتمالات أحد الأخيرين، إذ لا شبهة ولا خلاف في شمول الآية لهذا العقد بعد صيرورته عقداً للمجيز، علىٰ صحّة الفضولي، فانّه وإنْ وقع الخلاف في صحّته، ولكنّه بعد الإلتزام بالصحّة لا كلام في شمولها، والمفروض في المقام هو الفراغ عن صحّته، فلا وقع للاحتمال الأوّل.

امّا الاحتمالان الأخيران، فلايبعد دعوىٰ كون الثاني منهما أرجح بحسب المتفاهم العرفي، لإمكان دعوى أنّ الآية مسوقة لبيان عدم جواز رفع اليد عمّا التزمه الانسان علىٰ نفسه، وأنّه يجب العمل علىٰ مقتضى التزاماته مهما أمكن والالتزام بلوازمه، فعلىٰ هذا يدلّ على أنّه لو لم يكن تمام الوفاء والأخذ بما قاله، فلا أقلّ من أن يلتزم باللّوازم والآثار الممكنة، فبالنّسبة إلى الزّمان الماضي بعد الإجازة لابدّ من ترتيب الآثار الممكنة والالتزام بها، وفي المستقبل يؤخذ بتمام مقتضاه، وهذا معنى الكشف الحكمي.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ الأقرب بحسب المتفاهم العرفي ومؤدّيات العمومات هو الكشف الحكمي، ثم النّقل، وامّا الكشف الحقيقي على أن يكـون الرّضـا شرطاً متأخّراً فغير معقول، فافهم.

ويدلّ علىٰ ما اخترناه: أعني الكشف الحكمي ـ مضافاً إلىٰ ما ذكرنا ـ بعض الأخبار الخاصّة الواردة في بعض الموارد الدالّة علىٰ وجوب ترتيب آثار الملك من زمان وقوع العقد، وهذه بعد إبطال الكشف الحقيقي يتعيّن حملها عليه كما لا يخفىٰ.

منها: صححة محمّد بن قيس[١]، حيثُ يظهر منها أنّ علاج فكاك الولد بحبس ولد السّيد، وأنّه يصير سبباً لإجازة عقده، وبعد الإجازة لابدّ له من فكاك الولد، وهذا لا يتمّ إلّا على الكشف، لأنّ الإجازة على القول بالنّقل غير مـوجبةٍ لفكـاك الولد، ضرورة حصول النّقل بعدها، فالسّبب المجوّز للحبس غير مرتفع بها.

توضيح ذلك: أنّا بعدما وجّهنا حبس الولد، وحملناه بأنّ ذلك إنّما يكـون لأجل ثمنه لكونه نماءً في ملكه، فهذه العلّة باقية مطلقاً حتّىٰ يخرج عن عهدة الثّمن، سواء أجازه أم لا، لو قلنا بكون الإجازة ناقلة، وامّا إذا قلنا بكونها كاشفة وأنّـه يجبُ بعد الإجازة ترتيب أحكام الملك من زمان العـقد بـقدر الإمكـان، فـالنّماء للمشتري، ويكون الحبس علاجاً لفكاك الولد، لكـونه سـبباً للإجـازة المـوجبة لصيرورة النّماء له، فليس للمالك حبسه بعدها، فافهم.

ومنها: صحيحة أبي عبيدة[٢] الواردة في تزويج الصّغيرين فضولاً، الآمـرة بعزل الميراث من الزّوج المُدرك الّذي أجاز فمات، للزّوجة الغير المُدْرِكة حتّىٰ تدرك وتحلف، وهذه الصحيحة يستظهر منها في بادي النّظر أنّ الإجازة مـوجبةٌ لكـون العقد الواقع مؤثّراً من حين وقوعه، وكاشفة عن التأثير من هذا الحين، إذ لا وجه

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٢١ باب ٨٨ ص ٢٠٣.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٦ باب ١١ ص ٢١٩.

للحكم بالعزل إلّا علىٰ هذا القول، إذ على القول بالنّقل ينافي ذلك سلطنة النّاس على أموالهم، مع أنّ الإجازة غير مؤثّرة أصلاً علىٰ هذا القول، لفوت المحلّ، والتّوارث انّما تحقّق قبلها.

وهذه الرّواية كما أنّها تنافي القول بالنّقل، كذلك تنافي الكشف الحكمي أيضاً بظاهرها، لأنّ الميراث علىٰ هذا القول أيضاً باقٍ علىٰ ملك الورثة. غاية الأمر أنّه بعد الإجازة يجب ترتيب الآثار من أوّل الأمر بقدر الإمكان، فالحكم بالعزل حينئذٍ منافٍ لسلطنتهم على أموالهم، وهذا بخلاف الكشف الحقيقي، لعدم إحراز كونهم مالكين إلّا بالأصل، أعني أصالة عدم تحقّق الإجازة الرّاجعة إلىٰ أصالة عدم تأثير السّبب.

ويمكن رفع اليد عنه للاحتياط، لاحتمال كونه في الواقع ملكاً للزّوجة، وأمّا على الكشف الحكمي فهو في الحقيقة مِلْكٌ لهم ظاهراً وواقعاً، فالعزل على الكشف الحقيقي ليس إلّا مخالفاً للأصل، أعني الحكم الظّاهري، وعلى الكشف الحكمي، مع أنّه مخالف له منافٍ لقاعدة السّلطنة أيضاً.

هذا، ولكنّك بعدما عرفت مِنْ عَدم إمكان الالتزام بالكشف الحقيقي، فلابدّ من الالتزام بكونه أيضاً نحواً من الاحتياط في الأموال وأنّ حكم الشّارع بالعزل لاحتمال صيرورته ذا الحق فيما بعد، ولأجل ذلك حكم بوجوب التحفّظ حتّىٰ يصل إلىٰ من سيصير حقّاً له، وهذا التّوجيه لايجري على القول بالنّقل أصلاً كما لايخفىٰ، فتبصّر.

القول في بيان الثمرة[1].

❊ ❊ ❊

---

١ ـ ورد في جميع النسخ المخطوطة لهذا الكتاب عبارة (قد وجد في الأصل هنا بياضٌ) أو (نسخة الأصل خالية من ذكر الثمرة ومحلّها مبيّضة).

[الاجازة والبحث عن حكمها الشرعي]

وينبغي التنبيه على اُمور:

الأوّل: أنّ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها الّلغوي أو العرفي، بل في حكمها الشّرعي، بمعنىٰ أنّه هل المجعول في هذا العقد الواقع فضولاً وجوب الوفاء من حينه، أو من زمان الإجازة مع قطع النّظر عن معنى الإجازة ومدلولها؟

نعم مقتضىٰ بعض الأدلّة المذكورة سابقاً للكشف، وكذلك الأجوبة المنقولة عنها من النّاقلين، هو الإلتزام بأحدهما علىٰ فرض تعيين معناها، حيث قالوا في الاستدلال: بأنّ الإجازة تدلّ على الرّضا بمضمون العقد وهو التّمليك من حين وقوعه، وكذا ردّه بأنّ الزّمان ليس مأخوذاً في معنى الإيجاب والقبول، وإلّا لكان مأخوذاً في معنى الإجازة أيضاً، فمقتضاها التأثير من حين وجوده، فعلى هذا يكون الاختلاف في معناها مدركاً لهذا الأختلاف بمقتضى ذلك الدّليل، وهذا الخلاف إنّما هو في الحكم الشّرعي الثّابت لهذا العقد بملاحظة اعتبار رضا المالك وأدلّة وجوب الوفاء بالعقود وغيرهما من الأدلّة الخارجيّة، من أنّه هل يوجب تأثير العقد من حين وقوعه، أو من حين تحقّق الرّضا؟ أو انّه يستدعي تأثير العقد بمقتضى الأدلّة

علىٰ نحو تحقّق الرّضا؟ فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة (على القول بالكشف)، أو الإمضاء من حين العقد (على القول بالنّقل)، ففي صحّتها، أعني سببيّتها لتأثير العقد علىٰ وفق مؤدّاها (لا مطلق التأثير بأيّ نحو من الأنحاء، إذ ربّما يمكن الالتزام بتأثيرها لا علىٰ وفق مؤدّاها على بعض التّقارير، بناءً على القول بالفساد، فافهم) وفسادها على كلّ من التّقديرين، وجهان:

امّا وجه الصحّة في الأوّل: فلأنّها إمضاء لبعض مؤدّاها، فيكون كامضاء بعض المبيع، فهذا نظير تبعّض الصّفقة في الأزمان.

وامّا التكلّم في ثبوت الخيار علىٰ هذا التّقدير فخارجٌ عمّا نحن بصدده.

ووجه الفساد: أنّ هذا العقد لايصلح إلّا للتأثير من حين وقوعه، فعدم التأثير في الزّمان الأوّل، وتأثيره في اللّاحق، مستلزمٌ لانفكاك المؤثّر عن أثره، وليس العقد السّابق صالحاً للتأثير من حين الإجازة، بل يحتاج إلىٰ عقد جديد.

وبعبارة أوفىٰ: أنّ المعقود عليه غيرُ ممضىً، وأنّ الّذي أمضاه المجيز غير معقود عليه.

ووجه الصحّة في الثّاني: أنّ الحكم الشّرعي، أعني وجوب الوفاء يتبع موضوعه بحسب المتفاهم العرفي، وإذا اقتضى الموضوع بالصّراحة الالتزام بالآثار من حين العقد فيجبُ الوفاء به، كما هو مقتضى الجواب المذكور، حيثُ يظهر منه أنّ الالتزام بالنّقل، لعدم اعتبار الزّمان قيداً في مفهوم العقد والإجازة، فيؤثّر الإجازة من حين وقوعه، وليس موجباً للتأثير من زمان وقوعه، فلو اعتبره، وصرّح به بحيث يكون قيداً، فمقتضاه تأثير العقد من حين وقوعه كما لايخفىٰ.

ووجه الفساد: امتناع تحقّق المسبّب قبل تمام السّبب، فتأثير الإجازة التي هي شرطٌ لتأثير العقد في تأثيره من حين وقوعه مستحيلٌ، وقد مرّ الكلام في بيان ذلك مستوفىً.

* * *

[في تحقّق الإجازة بالكناية]

التّنبيه الثّاني:

أنّ الظّاهر أنّه كما تتحقّق الإجازة باللّفظ الصّريح، كذلك تـتحقّق بـالكناية، وبالأفعال الدالّة على إمضاء المعاملة، كالتصرّف في المبيع بعنوان كونه مبيعاً، لا لغير هذه من العناوين كالغصب مثلاً.

وامّا كفاية مطلق الرّضا، ففيه إشكالٌ، ولكنّ الظّاهر أنّ مقتضى قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ لدلالته علىٰ حليّة البيع ذاتاً، منضمّاً إلى أدلّة الطّيب، صحّة البـيع الفضولي ولزومه بعد اتّصافه برضا المالك، وقد تبيّن سابقاً عـدم اعـتبار مـقارنة الطّيب وسبقه على العقد، بل يكفي تحقّقه مطلقاً، سواء قارن العقد أم لاحقه، هـذا بالنّسبة إلىٰ دليل الحلّ.

وامّا ما دلّ علىٰ وجوب الوفاء بالعقود، فصدقه على هذا العقد، بحيثُ يكون ذلك العقد بعد الرّضا به صحيحاً لازم الوفاء به بسبب ذلك الدّليل، فـلايخلو عـن تأمّل، لما عرفت سابقاً مِنْ أنّ الظّاهر من الآية ـ والله أعلم ـ بعد كونه خطاباً لملّاك الأموال، وجوب وفاء كلّ مالك بعقده، والإلتزام بمعاهداته، لا وجوب الوفاء بكلّ

عقد وقع في ماله من أيّ شخص كان، ولكنّه خرج عن العموم العهود الّتي لم يرض بها بمقتضى أدلّة الطّيب، كما في قولك (أوفِ بالنّذر) و(أوفِ بالوعد) وغير ذلك، حيث أنّها بحسب الظّاهر بمنزلة قولك (أوفِ بنذرك) و(أوفِ بعهدك) لا كلّ نذر تعلّق في حقّك، وهذا الظّهور إنّما هو للمناسبة بين الحكم وموضوعه كما لا يخفىٰ.

وعلىٰ هذا فصيرورة المالك مكلّفاً بوجوب الوفاء بعد كونه راضياً، فرع اتّصافه بكونه عاقداً، حتّىٰ يصحّ في حقّه أنْ يقال (أوفِ بعقدك)، واتّصافه به بمجرّد حصول الرّضا منه بالعقد من غير مظهر لا يخلو عن تأمّلٍ، بخلاف ما لو أظهره بلفظٍ أو فعلٍ، فانّ الظّاهر حينئذٍ اتّصافه به في نظر العرف.

هذا، وقد يذكر تأييداً لكفاية مطلق الرّضا في الإجازة، بل دليلاً عليها، ما ذكره بعضهم من أنّه يكفي في إجازة البِكْر للعقد الواقع عليها فضولاً سكوتها، وكذا ما ورد من بعض الأخبار في بعض الموارد الدالّة علىٰ كون السّكوت إقراراً. والظاهر أنّ كون سكوت البِكْر إمضاءٌ للعقد مستفادٌ منها ومستندٌ إليها.

وكيف كان، يمكن المناقشة فيها بأنّ الكلام في كفاية الرّضا من حيث هو ـ سواء دلّ دليل عليه أم لا ـ بحيثُ لو رضي بالعقد فيما بينه وبين الله ولم يُظْهِره بقرينة، ولو حاليّة، يجب عليه الالتزام، وهذه الأخبار لا تنهض دليلاً عليها، لكون الرّضا قرينة عليه، فهذه لا تثبت إلّا الصحّة فيما لو أظهر الرّضا بشيء ولو بظاهر حاله. والظّاهر أنّ هذا المورد لا إشكال فيه لاندراج السّكوت تحت الفعل الدالّ على إمضاء المعاملة كالتصرّف في الثمن، وقد ذكرنا أنّ الظّاهر كفايته في إجازة العقد وإنفاذه، ولا يشترط فيها كونها باللّفظ الصّريح، مع أنّه يمكن أنْ يقال إنّه جعل سكوت البِكْر إجازة تعبّداً، وإن لم يُفد القطع بالرّضا، دفعاً للحرج عليها وعلينا.

والتمسّك لإثبات كفاية مجرّد الرّضا بما ورد فيمن تزوّج في حال السّكر، أنّها إذا قامت بعدما أفاقت فذلك رضاً منها، فلا يخلو عن إشكال إذ لا شبهة في بطلان عقد السّكران، فلابدّ من حمل الرّواية علىٰ ورودها في مرتبةٍ من السّكر الّتي لا يزول

معها العقل والشّعور، وعلىٰ هذا فلا يتوقّف على الرّضا اللّاحق، فاللّازم حينئذٍ ارتكاب التأويل في الرّواية، فلا يثبت به المُدّعىٰ.

ثمّ لا يخفىٰ أنّ هذه الأدلّة، وإنْ لم تنهض لإثبات كفاية مجرّد الرّضا، إلّا أنّك عرفت أنّه يكفي لإثباته دليل الحِلّ، منضمّاً إلىٰ دليل الطّيب، إلّا أنّه يشكل ذلك باستلزامه كفاية الرّضا المقارن للعقد في صحّته بالأولويّة القطعيّة، مع أنّ الظّاهر أنّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، وأيضاً أنّه لو كان مجرّد الرّضا مُلزماً لكان مجرّد الكراهة أيضاً فاسخاً، مع أنّ الظّاهر أنّه لا يلزم به أحدٌ.

ويمكن أنْ يقال: إنّ انحلال العقد وخروجه عن أهلّية التأثير، لمّا كان مخالفاً للعقد، فيقتصر على القدر المتيقّن الثّابت بالدّليل، أعني صورة الرّد، وأمّا مجرّد الكراهة فلا، فقياسه على الرّضا قياسٌ مع الفارق، فافهم.

* * *

[اشتراط عدم سبق الإجازة بالرّد]

التّنبيه الثالث:

أنّ من شروط الإجازة أنْ لا يسبقها الرّد، إذ بعد الرّد ينفسخ العقد فلايبقىٰ قابلاً للحوق الإجازة، ولا يصير بالإجازة بعد الرّد ذلك العقد عقداً له، حتّىٰ يجب عليه الوفاء به، لانحلاله قبلها بالردّ.

وأمّا توهّم: كفاية ما دلّ على حليّة البيع، منضمّاً إلى أدلّة اعتبار الرّضا، لإثبات صحّتها.

فمدفوعٌ: بالإجماعُ إذ الظاهر أنّ المسألة إجماعية، فعلىٰ هذا ما ورد في بعض الرّوايات حيث يُستظهر تأثير الإجازة بعد الرّد، فليؤّل أو يُطرح.

التّنبيه الرابع:

الظّاهر أنّالإجازة ليست حقّاً من الحقوق الماليّة حتّىٰ يورث، بل هو حُكمٌ مِنَ الأحكام، وأثرٌ من آثار سلطنة المالك علىٰ ماله، فهل للورثة الإجازة أم متفرّع على القول بجواز مغايرة المجيز مع المالك حال العقد وعدمه؟ وسيجيء حُكمه إنْ شاء الله.

❊ ❊ ❊

التّنبيه الخامس:

قال الشّيخ ﵀:

«إجازة البيع ليست اجازةً لقبض الّثمن، ولا لإقباض المبيع، ولو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مَضَت الإجازة، لأنّ مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الّثمن عن عهدة المشتري، ومرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البايع، فيترتّب عليه جميع الآثار المترتّبة علىٰ قبض المبيع، ولكنّ ما ذكرنا إنّما يصحّ في قبض الّثمن المعيّن»[1] انتهىٰ.

وهذا الكلام انّما يتمّ لو قلنا بكون الضّمان حقّاً، ولو قلنا بكونه حُكماً شرعيّاً ـ كما هو مختاره علىٰ ما سيظهر من بعض كلماته ـ فليس قابلاً للإسقاط كما لايخفىٰ، وعلىٰ هذا فيُشكل الأمر في قبض المبيع المعيّن أيضاً.

ويمكن أنْ يقال: إنّ القبض الحقيقي وإنْ كان عبارةً عن وصول العين

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٣٦ سطر ١٨.

المقبوضة إلىٰ يد القابض، ولا يتحقّق ذلك بفعل الغير، وإنْ أمضاه، لأنّ امضاء القبض ليس قبضاً، وهذا بخلاف الوكيل، لأنّه بمنزلة الآلة للموكّل، إلّا أنّ القبض المعتبر في المقام ليس إلّا القبض العرفي، وكذلك الأداء، ولا ريب أنّه لو أعطى الودعي الوديعة إلىٰ وَلد المالك أو شخصٌ آخر، ثُمَّ أخبره بذلك فأمضاه، يصدقُ عرفاً أنّه أدّاها، وأنّ المالك قبض عينه، بحيثُ لو كان للقبض أثرٌ كسقوط ا لضّمان يرتّبون عليه، ولا يغرمونه بعد تلفه في يد من أخذه، بالخروج عن عهدته، مع علمهم بثبوت الضّمان إلى حين الاداء، بل لو ادّعى المالك ذلك بعد التّلف يلومونه ويقولون له: إنّك لقد أخذت مالك فبِمَ تلزمه!

وبهذا التعميم يرتفع الإشكال عن كلا المقامين، حتّىٰ لو قلنا بأنّ الكلّي لا يتعيّن إلّا بقبض المشتري ورضاه، إذ المفروض صيرورته بعد الإجازة قبضاً له عرفاً، فيترتّب عليه أحكامه.

ثُمّ لا يخفىٰ أنّه يُشكل الحال علىٰ طريقة الشّيخ‌ﷺ من إرجاع مرجع الإجازة إلى إسقاط الضّمان في الصّرف والسّلم، حيثُ أنّ مقتضاها عدم الصحّة إذا كانا فضوليّاً، لأنّ صحّتها متوقّفة على القبض، وعلىٰ طريقته لا يتحقّق القبض أصلاً، ومعلوم أنّ إسقاط الضّمان غير مجدٍ في الصحّة، لعدم كونه قبضاً حقيقةً، فلا يترتّب عليه صحّة ما يتوقّف صحّته عليه، فاللّازم حينئذٍ الالتزام بالفساد فيها لو كانا فضوليّاً، وهو مشكلٌ بعد تسليم الصحّة في سائر العقود مطلقاً، إذ الظّاهر عدم الفرق فيها.

اللّهمّ إلّا أنْ يقال: إنّ القدر الثّابت من اعتباره فيها إنّما هو قبض المتعاقدين لا المالكين، فالمعتبر في الصّرف أو السّلم مثلاً أنْ لا يكون يداً بيد، وهذا أمرٌ ثابت متحقّقٌ صادر من الفضولي، لا يتوقّف إلّا علىٰ رضا المالك والالتزام بمؤدّاه.

ولا يرد هذا الإشكال علىٰ ما اخترناه من كون إمضاء القبض قبضاً في نظر العرف، وليس المعتبر فيه إلّا القبض العرفي، فباجازته يصير ذلك القبض الصّادر

حال العقد قبضاً له عرفاً.

نعم يبقىٰ هنا إشكالٌ آخر وهو: أنّ الإجازة هل هي موجبةٌ لصيرورة القبض قبضاً من حينها، أو هي كاشفة عن كون القبض قبضاً للمالك من أوّل الأمر؟

وعلى الأوّل هل يستلزم ذلك فساد العقد، لو قلنا باعتبار قبض المالكين، أم لا؟

ولتوضيح الإشكال والتكلّم فيه محلٌّ آخر.

ثمّ قال الشّيخ ﵀ في آخر كلامه «**فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً ـ كما في الصّرف والسّلم بعد قبض الفضولي، أو التفرق ـ كان إجازةً العقد إجازة للقبض صوناً للإجازة عن اللغوية، ولو قال (أجزتُ العقد دون القبض) ففي بطلان العقد أو بطلان القبض وجهان**»[1] انتهىٰ كلامه رفع مقامه.

أقول: وفي قوله «صوناً للإجازة عن اللغويّة» تأمّلٌ، لأنّ حمل فعل الشّاعر العاقل على الصّحيح ليس قرينةً لفظيّةً موجبةً لتقدير امضاء القبض، ولا قرينةً حاليّةً بها يتعيّن مقصود المتكلّم، لإمكان إرادة أمر معقول من الامضاء دون الصحّة، كاسكات الواسطة وغيره من الأغراض العقلائيّة.



١ ـ كتاب المكاسب: ١٣٦ سطر ٢٢.

الكلام في المجيز

يشترط في المجيز أنْ يكون حين الإجازة جائز التّصرف، بالبلوغ، والعقل، والرشد، ووجهه ظاهر.

وهل يُشترط في صحّة عقد الفضولي وجود مجيزٍ فعلاً حين العقد ـ فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحةٍ، ولا ينفعه إجازته إذا بلغ، أو إجازة وليّه إذا حدثت المصلحة بعد البيع ـ أم لا؟ قولان:

أقواهما الصحّة، لأنّ العقد الصّادر من الفضولي، المتعلّق بماله بعد إجازته يصير عقداً له، ولا مانع من توجّه الأمر بوجوب الوفاء إليه.

ومن هنا ظهر أنّه لا يُشترط في المجيز أنْ يكون جائز التصرّف حال العقد، سواء كان عدم جواز التصرّف لأجل عدم المقتضي أو المانع كما لا يخفىٰ.

ثُمَّ أنّه لو انتقل المال المبيع فضولاً من المالك حين العقد إلى آخر، هل يصحّ إجازته؟

وجهان: أظهرهما العدم، لأنّ شمول الأمر بالوفاء يتوقّف علىٰ صيرورة العقد عقداً له بإجازته، لما عرفت من أنّه بمنزلة أنْ يُقال أوفوا بعقودكم، وصدق الإضافة

عرفاً بمجرّد كونه مالكاً حين الإجازة منْ دون أنْ يكون العقد واقعاً في ماله مرتبطاً به من أوّل الأمر في غاية الإشكال، بل الظّاهر أنّ مصحّح الإجازة ليس إلّا كونه مربوطاً به من حين صدوره، وهذا بخلاف المالك أخيراً، فانّ العقد أجنبيٌّ عنه بالمرّة، وليس معلّقاً بالهواء دائراً مدار الإجازة.

وامّا بالنّسبة إلى المالك حين العقد، فالعقد كانَ عقداً له من حين صدوره، غاية الأمر أنّ عدم صدق الإضافة، والاتّصاف بكونه عاقداً، لأجل عدم امضائه العقد المتعلّق به، فاذا أجازه جاز، وهذا مضافاً إلى أنّ الشكّ في الإضافة يكفي في المُدّعىٰ، حيث أنّ الأصل في المعاملات الفساد، وكذا قوله تعالىٰ: ﴿أحلّ اللهُ البيع﴾ إذا البيع عبارةٌ عن الانتقالات الخاصّة المتحقّقة في الخارج، ومعلوم أنّ انتقال العين الخارجي من زيد إلى عمرو غير انتقالها من غيره إلى عمرو، فلو مَلِك الغيرُ تلك العينَ لكان نقله منه محتاجاً إلى إنشاء جديد، وليس منافياً لما ذكرنا سابقاً في توجيه بيع الفضولي لنفسه، مِنْ عَدم كون هذا القصد مُضرّاً في صيرورته بيعاً للمالك، إذ ليس مفهوم العقد الواقع إلّا إنشاء النّقل، وكونه من هذا أو ذاك خارجٌ عن مفهوم العقد، ولا دخلَ له في تحقّق هذا المفهوم.

وتوضيح دفع التّنافي: أنّ البيع ليس إلّا إنشاء النّقل وإيجادهُ في الخارج، نظير النّقل والإنتقالات المتحقّقة المتأصّلة الخارجيّة، فتحقّقه يتوقّف علىٰ ثبوت ناقل ومنقول منه ومنقول إليه، وقولك (بعتُ هذا بذاك) لا يدلّ إلّا علىٰ أنّ القائل أنشأَ النّقل وأوقعه في الخارج، وجَعل هذا الشّيء في مكان ذاك وذاك في مكان هذا، ومعلوم أنّ المكانين خارجان عن مدلول هذا الكلام، إلّا أنّه من مقوّمات ذلك الإنشاء بحيثُ لا يتشخّص إلّا بهما، ولا معنى لإنشاء النّقل إلّا اخراج كلّ من العوضين عن ملك مالكه وادخاله في ملك الآخر، من دون توقّفٍ علىٰ قصد كونه خارجاً عن ملك هذا وداخلاً في ملك ذاك، لأنّ إنشاء النّقل مُغنٍ عن هذا القصد، فالمنقول منه والمنقول إليه لا يكون إلّا المالكين، سواءً قصد كونه منهما أم لم يَقْصد، أم

قَصَد، عدمه، فقْصده وقوعه لنفسه لغو غير مؤثّر في شيء لو لم يكن مالكاً، إذ لم يخرج عن ملكه شيء حتّىٰ يتحقّق النّقل منه، فينقله بنقل ذلك المنقول مِنْ مِلْك مالكه إلى الآخر، وقَصْده وقوعه عن نفسه ليس إلّا بمنزلة قصد كون نقل الحجر عن الجدار نقلاً عن الأرض، ومعلومٌ أنّ القصد لا يُغيّر الشّيء عمّا يقع عليه.

ومقتضىٰ ما ذكرناه وإنْ كان تحقّق النّقل من المالكين فيما بين العوضين بمجرّد انشاء الفضولي، من دون توقّف على إمضاء المالكين، إذ الشّيء بعد وجوده لا يتوقّف في وجوده علىٰ شيء آخر، إلّا أنّ هذا النّقل ليس نقلاً حقيقيّاً خارجيّاً حتّىٰ يتحقّق حقيقته بفعل النّاقل، بل هو أمرٌ اعتباريٌ منتزعٌ من الأحكام المجعولة في مواردها والآثار الثّابتة شرعاً، فنقل الفضولي غير مؤثّر بشيء إلّا بعد امضاء المالك إيّاه، وإذا أجازه جاز.

فمحصّل ما ذكرناه: أنّ بيع الفضولي عبارةٌ عن إنشاء نقل العاقد كُلّاً من العوضين عن ملك مالكه حين العقد إلى الآخر، غاية الأمر أنّ امضائه شرعاً موقوف على إجازة المالك، فلو انتقل أحدُ العوضين إلى ثالثٍ ـ سواء كان ذلك الثّالث نفس الفضولي أو غيره ـ ونقله إلى الطّرف الآخر عوضاً عن المعوّض الّذي هو مِلْكه، ليس هذا هو النّقل الأوّل، بل نقلٌ جديدٌ يتوقّف على إنشاءٍ جديد كما لا يخفىٰ.

ولعلّ هذا الّذي ذكرنا هو المدرك فيما لو ادّعينا من عدم صدق إضافة العقد إلى المالك حال الإجازة بمجرّد الإجازة، إذا لم يكن مالكاً حال العقد، فتدبّر فانّ المقام لا يخلو من دقّة.

ثُمّ إنّ الشيخ رحمه الله رجَّحَ القولُ بصحّة الإجازة فيما نحن فيه، حيثُ قال في مكاسبه بعد نقل الأقوال في المسألة، فيما إذا باع الفضولي لنفسه، وهو القول بصحّة العقد مع إجازته بعدما صار مالكاً، والقول بالصحّة مطلقاً من دون توقّفٍ على الإجازة، والقول بالبطلان:

«الأقوىٰ هو الأوّل، للأصل، والعمومات السليمة عمّا يرد عليها، ما عدا أُمور لفقّها مَنْ قارب عصرنا ممّا يرجع أكثرها إلىٰ ما ذكر في «الإيضاح» و«جامع المقاصد»[1].

ثمّ ذكر الأُمور وأجاب عنها، إلّا أنّه‌ﷺ قوّىٰ البطلان آخر كلامه في بعض موارد المسألة، مستنداً إلى بعض الأخبار الّتي ذكروها، من جملة تلك الأُمور الواردة في النّهي عن بيع ما ليس عنده، بعدما أجاب عنها أوّلاً بما ملخّصه، على ما لخّصه قوله:

«والحاصل: أنّ دلالة الرّوايات عموماً وخصوصاً على النّهي عن البيع قبل الملك ممّا لا مساغ لإنكاره، ودلالة النّهي على الفساد أيضاً ممّا لا يقع فيها المناقشة في هذه المسألة.

إلّا أنّا نقول: إنّ المراد بفساد البيع عدم ترتّب ما يُقصد منه عرفاً مِنَ الآثار، في مقابل الصحّة الّتي هي إمضاء الشّارع لما يُقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلاً لو فرض حكم الشّارع بصحّة بيع الشّيء قبل تملّكه على الوجه الّذي يقصده أهل المعاملة، كان يترتّب عليه بعد البيع النّقل والانتقال، وجواز تصرّف البايع في الثّمن، وجواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع مِنْ مالكه وتسليمه، وعدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنىٰ عدم ترتّب جميع ذلك عليه، وهو لا ينافي قابليّة العقد للحوق الإجازة من مالكه حين العقد، أو ممّن يُملّكه بعد العقد، ولايجبُ في القول بدلالة النّهي على الفساد وقوع المنهيّ عنه لغواً غير مؤثّر أصلاً، كما يستفاد من وجه دلالة النّهي على الفساد، فانّ حاصله دعوىٰ دلالة النّهي على إرشاد المخاطب، وبيان أنّ مقصوده من الفعل المنهيّ عنه وهو

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٢٧ سطر ٢٤.

الملك والسّلطنة من الطّرفين لا يترتّب عليه، فهو غير مؤثّرٍ في مقصود المتبايعين، لا أنّه لغوٌ من جميع الجهات، فافهم»[١]. انتهىٰ خلاصة الجواب.

ثُمَّ قال: «اللّهمّ إلّا أنْ يُقال إنّ عدم ترتّب جميع مقاصد المتعاقدين علىٰ عقدٍ بمجرّد إنشائه، مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشّارع مقيّداً بانضمام بعض الأُمور اللّاحقة، كالقبض في الهبة ونحوها، والإجازة في الفضولي، لا يقتضي النّهي عنها بقولٍ مطلقٍ، إذ معنى صحّة العقد شرعاً أنْ يترتّب عليه شرعاً المدلول المقصود من انشائه ولو مع شرطٍ لاحقٍ، وعدم بناء المتعاملين علىٰ مراعاة ذلك الشّرط، لا يوجب النّهي عنه إلّا مقيّداً بتجرّده عن لحوق ذلك الشّرط، فقصدهم ترتّب الملك المنجّز على البيع قبل التملّك، بحيثُ يُسلّمون الثّمن ويُطالبون المبيع لايوجب الحكم عليه. فالإنصاف أنّ ظاهر النّهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملّك للبايع وعدم ترتّب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتّىٰ مع الإجازة.

وامّا صحّته بالنّسبة إلى المالك إذا أجاز، فلأنّ النّهي راجعٌ إلى وقوع البيع المذكور للبايع، فلا تعرّض فيه لحال المالك إذا جاز، فيرجعُ فيه إلى مسألة الفضولي»[٢] انتهىٰ.

أقول: وفيما ذكره أخيراً تأمّلٌ، إذ بعد تسليم كون المقصود من البيع هذه الآثار

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٤٠ سطر ١.

٢ ـ وجه التّعبير عن هذه الرّواية بالتأييد لعلّه لورودها في نكاح العبد، فلعلّ فيه خصوصيّة من حيث كونه «لا يقدر على شيء»، «وهو كَلٌّ علىٰ مولاه» إنْ لم يجعل الشّارع للفظه ما لم يقترن برضا مولاه أثراً، فلأجل هذا الاحتمال يمكن الخدشة فيه بابداء الفرق بينه وبين البيع.

ولكنّه يظهر من سوق العبارة، خصوصاً بانضمامه إلى بعض العبائر الآتية الّتي يشير بها إلى الرّواية لإثبات المطلوب، عدّها دليلاً مستقلّاً برأسه، ولعلّه لضعف الفارق المذكور كما لايخفىٰ على المتأمّل (منه قدس سره).

المذكورة فالنّهي ناظر إليها ونافٍ لها، فالقضيّة بالنّسبة إلىٰ غيرها من الآثار مهملة، ليس المقام مقام بيانها، نظير إجازة المالك، وعلىٰ هذا لا يحتاج الكلام إلىٰ تقييدٍ أصلاً، لو كان صحيحاً في الواقع مع هذا الشّرط، لانصراف المطلق إلى نفي الأثر المقصود من دون حاجة إلى التّقييد فيكون التّقييد لغواً، فتأمّل.

ثمّ أيّد ما استظهره من الأخبار من بطلان البيع المذكور وعدم صحّة إجازة مَنْ مَلِك بعد العقد برواية الحسن بن زياد الطّائي الواردة في نكاح العبد بغير اذن مولاه: **قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: «إنّي كنتُ رَجلاً مملوكاً فتزوّجتُ بغير اذن مولاي ثم أعتقني بَعد، فأجَدّدُ النكاح؟**

فقال: عَلِمُوا أنّك تزوَجت؟

قلت: نَعم، قد علموا فَسَكتوا ولم يقولوا لي شيئاً.

قال: ذلك إقرارٌ منهم، أنت علىٰ نكاحك» الخبر.

فانّها ظاهرة، بل صريحة في أنّ علّة البقاء بعد العتق علىٰ ما فعله بغير اذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرّاً مالكاً لنفسه مسوغة للبقاء مع إجازته أو بدونها، لم يَحتج إلى الإستفصال عن أنّ المولىٰ سكت أم لا، للزوم العقد علىٰ كلّ حال»[1] انتهىٰ كلامه.

والالتزام بكون الإجازة عقداً جديداً، فلا تَدلُّ الرواية إلّا علىٰ عدم مضيّ العقد الأوّل لولا إقرارهم، فينفي بها قول من قال بعدم احتياجه إلى الإجازة، بل يلزم العقد بمجرّد مالكيّته لنفسه علىٰ فرض وجود القائل في النّكاح أيضاً كالبيع، خلاف الإنصاف لعدم كونها عقداً جديداً حقيقة، مع أنّه خلاف المتبادر منه.

ويمكن المناقشة فيه: بإمكان كون استفصال الإمام عليه السلام لأجل استفسار أنّهم لو عَلِمُوا هل ردّوا العقد أم أقرّوا، وكان مراده عليه السلام بيان حكم مسألة علىٰ كلّ تقدير بأنّهم لوردّوا لكان محتاجاً إلىٰ عقدٍ مستأنفٍ، ولو أقرّوا لكان العقد الماضي نافذاً،

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٤٠، سطر ٢٠.

ولو لم يعلموا لكان العقد صحيحاً بإجازته أو مطلقاً علىٰ فرض صحّته كذلك واقعاً.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ سؤال الرّاوي إنّما هو بعد علمه بأنّ إجازة المولىٰ مصحّحة للعقد، وأنّ ردّه مفسدٌ له، فسؤاله إنّما يكون عن حكم الواقعة ما لم يصدر عنهم إذن ولا ردّ. والدّليل علىٰ ذلك إشعار صدر الرواية حيث قال «**تزوّجت بغير اذن مولاي**» وظاهر هذا السّؤال أن منشأ ترديده الموجب للسّؤال كونه بهذه الصّفة، لا لأجل صيرورته حرّاً بعدما كان رقّاً، واقدامه على هذا العقد من أوّل الأمر كاشف عن علمه بتأثير الإجازة الّلاحقة، وكونها كالاذن السابق.

وأظهر من ذلك قرينةً علىٰ هذه الدّعوىٰ، قول الإمامعليه السلام أخيراً بأنّ «**ذلك إقرار منهم**» لظهوره في أنّ كون الإقرار مُنفّذاً للعقد أمرٌ مُسلّم عندهم، مركوزٌ في أذهانهم. ومعلوم أنّ من يعلم بأنّ الإقرار الّلاحق مؤثّرٌ، يعلم بأنّ الردّ منهم أيضاً مؤثر، فسؤاله عن حكم العقد الّذي لم يتعلّق عليه الردّ والإمضاء، زعماً منه أنّ السّكوت ليس إقراراً، فنبّهه الإمامعليه السلام بأنّ السّكوت إقرار، فاستفصال الإمامعليه السلام إنّما يكون بعد الفراغ عن حكم الردّ والامضاء، فذلك ـ حينئذٍ ـ لأجل بيان أنّهم لو لم يعلموا لكان محتاجاً إلىٰ عقد جديد، فتدبّر.

هذا، ولكن مقتضى الإنصاف عدم نهوض هذه الأخبار الخاصّة مَدركاً للحكم بعدم الصحّة، لو التزمنا بشمول العمومات لما نحن فيه، ولكنّه لو قلنا بذلك لوجب الاقتصار بالحكم بالبطلان علىٰ مورد الرّوايات، كما صرّح به الشّيخرحمه الله، وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترىٰ المشتري غير مترقّبٍ لإجازة المالك ولا لإجازة البايع إذا صار مالكاً، ولا ينافي ذلك ما ذكره الشيخرحمه الله أوّلاً من أنّ النّهي المطلق يقتضي الفساد مطلقاً، لأنّا نحكم في مورد الرّوايات بالفساد للبايع مطلقاً أجاز أم لم يجز، وكونه كذلك غير مقتضٍ لشموله جميع صور المسألة.

فالكلام الأوّل ناظرٌ إلىٰ تعيين المراد من النّهي، والثّاني إلى تشخيص مصداقه، فتبصّر.

* * *

[فيما لو باع معتقداً غير جائز التصرّف]

مسألة: لو باع متعقداً بكونه غير جائز التصرّف فبان كونه جائز التصرّف.[1]

وجواز التصرّف المنكشف، امّا لأجل كونه وليّاً، أو لأجل كونه مالكاً، وعلى كلٍّ منهما، فامّا أن يبيع عن المالك، أو عن نفسه، فالصّور أربع:

إحداها: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليّاً على البيع.

الثّانية: أن يبيع لنفسه فينكشف كونه وليّاً.

الثّالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكاً.

الرابعة: أن يبيع لنفسه بزعم كونه مال الغير فتبيّن كونه ملكاً لنفسه.

والظّاهر صحّة العقد في الجميع، امّا في غير الصّورة الثّانية فوجهه واضح.

وامّا فيها، فلما عرفت مراراً من لغويّة قصد كونه لنفسه فيقع العقد للمولّىٰ عليه، والوقوف علىٰ الإجازة في الكلّ، لأنّ مقتضى أدلّة الطّيب اعتبار رضا المالك في نقل ماله، وكذا الوليّ في نقل مال المولّىٰ عليه، ومن المعلوم في الصّورتين الأخيرتين [أنّه] لم يرض المالك بنقل مال نفسه من حيث كونه مالاً له، بل رَضي بنقل مال الغير، فلعلّه لو كان عالماً بكونه ملكاً له لم يتحقّق منه رضاً بالنّقل أصلاً، اذ

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٤١.

ربّما يتسامح في مال الغير بما لا يَتسامحُ في مال نفسه، خصوصاً إذا باعه لنفسه، وكان غرضه تحصيل ثمن مجّاناً، وهذا لا ينافي ما ذكرنا سابقاً من توقّف تحقّق قصد المعاوضة على ادّعاء المالكيّة، والبناء علىٰ كونه مالكاً، لأنّ الغرض أنّ البايع حينئذٍ يعتقد كونه غاصباً، وأنّ المبيع هو العين المغصوبة وليس ملكاً له، فيعتقدُ أنّ ما يأخذ من الثّمن ليس في مقابل ماله حقيقةً، وذلك مثل العين المسروقة حيث يبيعها السّارق زعماً منه أنّه غاصبٌ وأنّ مالكيّته ادعائيّة، فلا يهتم في الأمر، ولو علم كونه في الواقع ملكاً له ربّما يكون اهتمامه آكد، بل كثيراً ما لا يرضى بأصل النّقل أيضاً.

وبالجملة: فالمعتبر انّما هو رضا المالك بنقل المال عن نفسه، وهذا المعنى المقيّد لا يتحقّق إلّا بعد العلم بكونه مالكاً، ولا يكفي رضائه بمطلق النّقل، وإلّا لجاز الأكل فيما لو اذن المالك به زعماً منه كونه مال الغير، وقد عَلم الآكل اعتقاده وأنّه لو علم بكونه له لكان كارهاً، وكذا لو طلّق امرأةً بزعم كونها أجنبيّة وكانت في الواقع امرأته، والبديهة تشهد بعدم وقوع الطّلاق، وكذا بحرمة الآكل، هذا حكم الصّورتين الأخيرتين.

وامّا الأوليتان: فوجه وقوفهما على الإجازة، فلأنّه بعد تنزيل الشّارع الولي منزلة المالك يعتبر فيه ما يعتبر في المالك، فالمعتبر حينئذٍ رضا الوليّ بنقل مال المولّىٰ عليه. ومن المعلوم أنّه لم يحصل الرّضا في الصّورتين بنقل مال المولّىٰ عليه، بل قَصَد نقل مال من زعمه أنّه أجنبيٌّ عنه لجهله بكون هذا الشّخص هو المولّىٰ عليه، فمن باع عن شخصٍ بظن كونه أجنبيّاً فتبيّن كونه ابنه، لم يرض بنقل المال عمّن يكون وليّاً عنه، ولا عن المولّىٰ عنه من حيث كونه كذلك.

مع أنّه يُمكن أنْ يقال: في الصّورة الثّانية إنّ قصد وقوعه لنفسه يوجبُ عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فوقوعه للمولّىٰ عليه وتأثيره له يقف علىٰ إجازته.

وبالجملة: بعد فرض كون الولي بمنزلة المالك بحكم الشّارع، لا وجه للتّفكيك بين الجهل بكونه لنفسه وبين الجهل بكونه للمولّىٰ عليه. فما ذكره الشيخ ﷺ من اللّزوم

في الصّورة الأُولىٰ، والوقوف على الإجازة فيما عداها مع تأمّل في الثّانية لا يخلو عن تأمّلٍ.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ المستفاد من الأدلّة الشرعيّة إنّما هو اعتبار رضا الوليّ بنقل مال المولّىٰ عليه من دون توقّفه على اعتبار شيء، وهذا المعنىٰ حاصل فيما نحن فيه، لأنّ الوليّ راضٍ بنقل مال المولّىٰ عليه.

غاية الأمر، أنّ الولاية مجهولة وليست مُنزَّلة له مَنْزِلة المالك حتّىٰ يقيّده أدلّة الطّيب، فيكون بمنزلة مال نفسه، ويكون مالاً له حكماً.

هذا، ولكنّ الظّاهر أنّ الظّاهر هو التّنزيل لا مجرّد الاذن في التصرّف[1]، فافهم.

* * *

١ ـ الظّاهر انّه لو جهل أصل الولاية كأن لا يعلم أنّ الأب وليّ عن الطّفل فباع عنه، ليس من المفروض في هذه المسألة، بل هذه ممحّضة لحكم ما لو باع عن الأجنبيّ مثلاً فتبيّن كونه ابنه أو مأذوناً منه وغير ذلك ممّا يشبهه. وامّا الالتزام بالوقوف على الإجازة في الفرض الأوّل فلا يخلو عن صعوبة، فافهم (منه رحمه الله).

مسألة في أحكام الردّ

قال الشّيخ ﵀ في مكاسبه:

«لا يتحقّق الردّ قولاً إلّا بقوله «فَسَختُ» و«رددت» وشبه ذلك ممّا هو صريح في الردّ، لأصالة بقاء اللّزوم من طرف الأصيل، وقابليّته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكلّ فعلٍ مُخْرِج له عن ملكه بالنّقل أو بالإتلاف وشبههما، كالعتق والبيع والهبة والتّزويج ونحو ذلك.

والوجه في ذلك: أنّ تصرّفه بعد فرض صحّته مفوّتٌ لمحلّ الإجازة، لفرض خروجه عن ملكه.

وامّا التصرّف الغير المُخْرِج عن الملك، كاستيلاد الجارية، وإجارة الدّار، وتزويج الأمة، فهو وإن لم يُخْرِج الملك عن قابليّة وقوع الإجازة عليه، إلّا أنّه مخرجٌ له عن قابليّة وقوع الإجازة من زمان العقد، لأنّ صحّة الإجازة على هذا النّحو توجب وقوعها باطلة، وإذا فرض وقوعها صحيحةً مَنعتْ عن وقوع الإجازة»[1].

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٤٤ سطر ١٠.

أقول: هذا الحكم على إطلاقه، أعني كون الأفعال المذكورة ومثلها مُخرجةً للعقد عن صلاحيّة لحوق الإجازة، قد يتراءىٰ كونه منافياً لما جعلوه ثمرة بين القول بالكشف والنّقل، حيث أنّ تلف المبيع غير موجبٍ لخروج العقد عن صلاحيّة لحوق الإجازة، بناءً على الأوّل، وللرّواية الّتي دلّت علىٰ عدم بطلان عقد النّكاح بمجرّد موت أحد الصّغيرين، إذ الظّاهر هو عدم الفرق بين التلف والإتلاف، فمقتضى القاعدة الحكم امّا ببطلان العقد الثّاني ـ حيث أنّ الإجازة تكشف عن وقوعه في ملك الغير ـ وامّا بصحّته والحكم بوجوب دفع المثل أو القيمة إلى المشتري الأوّل، جمعاً بين الحقّين؟

وحيثُ لا سبيل إلى الالتزام بالاحتمال الأوّل ـ لكون العقد الثاني عقداً صادراً عن أهله في محلّه، ضرورة عدم خروج المثل عن تحت سلطنته بمجرّد صدور عقدٍ عن شخص أجنبيّ لا ربط به أصلاً، فلا مانع من توجّه الأمر بالوفاء بالنّسبة إلى العقد الثّاني، ولا شبهة في صحّته بحكم العقل ـ يتعيّن الاحتمال الثاني أعني وجوب دفع المثل أو القيمة.

هذا، ولكنّ التأمّل الصّادق يقضي بثبوت الفرق بين إتلاف المالك، بإيجاده الفعل المنافي لتأثير العقد على مقتضاه الأوّل كالأمثلة المذكورة، وبين التّلف السّماوي الحاصل بسببٍ صادر عن غير المالك.

بيانه: أنّ مدرك الالتزام بصحّة عقد الفضولي هو أنّه عقدٌ صادرٌ عن شخصٍ جامع للشّرائط المعتبرة في العقد، واقعٌ في محلٍّ قابلٍ بحيثُ لا مانع عن تأثيره التّام إلّا عدم طيب نفس المالك، فمتىٰ حصل الطّيب يؤثّر السّبب التّام أثره، ومن المعلوم أنّ من تمام السّبب بقاء المحلّ علىٰ قابليّة التأثير، وتمكّن المالك شرعاً من امضاء العقد السّابق وهذا المعنىٰ منفيٌّ فيما نحن فيه ـ إذ بعد إيجاده المنافي لهذا العقد، وكان ذلك الفعل المنافي ممضىً في نظر الشّارع، كما هو المفروض ـ غير متمكّنٍ من جعل العقد السّابق بسبب امضائه مؤثّراً علىٰ وفق مقتضاه، لأنّ من آثار صحّته ونفوذه بطلان

العقد الثاني، وكون الإتلافات الصّادرة منه مضمّناً. والمفروض أنّ الشّارع أوجب الوفاء به، وحَكَم بعدم تضمين الشّخص باتلاف مال نفسه، فبعد وقوع هذه المنافيات منه غير قادرٍ علىٰ إمضائه العقد السّابق وتُصيّره مؤثّراً، وهذا بخلاف التّلف السماوي إذ لا مانع من إمضاء العقد وجعله مؤثّراً علىٰ وفق مقتضاه، لأنّ التّلف السّماوي ليس منافياً لحصول النّقل من زمان العقد، إذ لا تنافي بين حصول النّقل من حين صدور العقد وتلفه بعد ذلك، كما أنّه لا تنافي بين إتلاف الغير مع حصول النّقل، لعدم كونه ممضىً في نظر الشّارع حتّىٰ ينافيه، بل يُضمَّنه حينئذٍ بالمثل أو القيمة.

والحاصل: أنّ التصرّفات الصّادرة منه لمّا كانت ممضاةً عند الشّارع غير مضمّنة له، لا يعقلُ بعد تحقّقها امضاء العقد الأوّل وانفاذه، لادائه إلى الجمع بين الضّدين، وليس الشأن في التّلف كذلك.

إنْ قلتَ: إنّ ما ذكرتَ من صحّة العقد الثاني، إنّما يتفرّع على اعتبار المالكيّة حين الإجارة، وهذا مع أنّه ينتقض بصورة التّلف، خلاف التحقيق[1]، بل المعتبر إنّما

---

١ ـ قولنا: «إنّ اعتبار الملكيّة حين الإجازة خلاف التّحقيق».

وجهه: عدم المناسبة بين اعتبارها في هذا الزّمان، وبين صحّة التصرّف المتحقّق سابقاً، وليس المسألة تعبديّة حتّىٰ يقال باعتبارها لأجل التعبّد، وانّما المناسب هو اعتبار الملكيّة حين التصرّف، فاذا تصرّف المتصرّف تصرّفاً غير مقارنٍ بطيب نفس المالك حال التصرّف، يقفُ نفوذه على امضاء هذا المالك، وإذا تحقّق الرّضا منه في أيّ زمانٍ ـ ولو لم يكن مالكاً ـ ينفذ هذا التصرّف.

ومن البيّن أنّه لا ربط في الملكيّة المتأخّرة لصحّة هذا لتصرّف ونفوذه. نعم لو قلنا بكون الإجازة ناقلة يتم اعتبارها حال الإجازة، لأنّ النّقل حقيقةً يحصل في هذاالزّمان.

وامّا بناءً على الكشف فلا حاجة إليها أصلاً كما لايخفىٰ، فقولنا إنّ الإجازة من أحكام الملكيّة وآثارها، وانّما الحكم للمالك فله أن يجيز وأنْ يردّ، نعني به أنّ كلّ من وقع التصرّف في ملكه مختارٌ في امضاء التصرّف، وردّه، لا أنّه لابدّ أن يكون مالكاً في حال الإمضاء والردّ أيضاً فهما من أحكام المالكيّة حال التصرّف، لا من آثار مطلق المالكيّة، فلا يتحقّق شيء منهما إلّا إذا صدر من المالك، فافهم.

هو الملكيّة حال النّقل لا حال الإجازة. وحينئذٍ فيشكل الأمر، لأنّ مقتضىٰ ذلك صحّة العقد الأوّل وفساد العقد الثاني، لكشف الإجازة عن وقوعه في ملك الغير، فما ذُكر مِنْ كون العقد الثاني لازمُ الوفاء، وكون التصرّفات الصّادرة منه غير مضمّنةٍ أوّل الكلام، إذ لا يجب الوفاء بالعقد المتعلّق بمال الغير، كما أنّ التصرّف فيه مضمّنٌ البتّة، إذ عدم وجوب الوفاء وكون التصرّف مضمّناً من آثار ملك الغير الّذي يُستكشف بالإجازة الصّحيحة الواجدة لشرطها، إذ المفروض أنّ شرط صحّتها هو الملكيّة حال النّقل وهي حاصلة، فلا مانع من تأثيره، ويتفرّع عليه بطلان العقد الثّاني كما لا يخفىٰ.

قلت: قد ظهر ممّا مرّ اندفاع هذه الشّبهة بما لا مزيد عليه.

وتوضيحه: أنّك قد عرفت أنّ بديهة العقل تحكم بنفوذ تصرّفات المالك في ملكه بعد عقد الفضولي ما لم يجزه، ولا يوجب ذلك صيرورة ملكه متزلزلاً غير قادر على التصرّف فيه، فمتىٰ عقد عليه يجب عليه الوفاء بعقده، ومن آثار لزوم الوفاء بذلك العقد الصّادر من نفسه، عدم نفوذ إجازته، وكونها مؤثّرة في النّقل السّابق، وعلىٰ فرض صحّتها منافية لذلك العقد، فنفي صحّة الإجازة لأجل وجوب الوفاء بعقد نفسه، لا لاعتبار الملكيّة حين الإجازة، فافهم.

ويمكن أن يُقرّر الدّليل بوجه آخر وهو أنْ يقال: إنّ العقد الصّادر عن المالك لمّا كان سبباً تامّاً في خروج الملك، لعدم قصور توجّه الأمر بالوفاء بالنّسبة إليه، فلا يبقى المحلّ قابلاً لتأثير العقد الأوّل فيه، وتعلّق الأمر بالوفاء بعد إجازته، إذ من المعلوم عدم تأثير إجازة غير المالك في انتقال ملكه إلى غيره.

ولا يخفىٰ عليك أنّ عدم جواز تأثير الإجازة علىٰ هذا الفرض، مع قطع النّظر عن استحالة تأخّر الشّرط عن السّبب، بحيثُ لو جاز ـ كما هو المفروض على القول بالكشف ـ لحكمنا ببطلان العقد أيضاً كذلك.

وببيان أوفىٰ: أنّ الأمر بالوفاء انّما يتوجّه علىٰ من له شأنيّة الوفاء، وإذا خرج

المال عن ملكه لا يتمكّن عن الوفاء بذلك العقد، ودفع البدل ليس وفاءً بذلك العقد، فلا يقدر على الوفاء بذلك العقد أصلاً، والالتزام بكونه هو المقدار الممكن من الوفاء. إنّما يصحُّ بعد إحراز توجّه الأمر، وعدم المحيص منه، وهو هنا أوّل الكلام.

هذا، ولايخفىٰ أنّ هذا التّقرير لا يخلو عن تأمّل، لأنّ مقتضاه عدم الفرق بين التّلف والإتلاف، كما يظهر بالتأمّل. فالتحقيق ما ذكرنا سابقاً من أنّ شرط تأثير الإجازة صلاحيّة الأول للتأثير من حين صدوره، وهذا المعنى يتحقّق في كلّ موردٍ لا يشغله حكمٌ آخر منافٍ للوفاء بذلك العقد ممضىً في نظر الشّارع، وبهذا يتحقّق الفرق بين التّلف السّماوي، حيثُ لا حكم له منافٍ لتأثير العقد الأوّل، وبين الإتلاف والنّقل كما مرّ مراراً، فافهم.

هذا تمام الكلام فيما لو تصرّف في متعلّق العقد الأوّل أعني نفس المبيع.

وامّا لو تصرّف في نمائه ومنافعه بالإتلاف أو نقلها بعقد لازم ففيه وجوه:

أحدها: بطلان العقد السّابق وصيرورته لغواً، لأنّ هذه التصرّفات وإن لم تكن مُخْرِجةً للملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه، إلّا أنّها مُخْرِجةٌ له عن قابليّة وقوع الإجازة من زمان العقد، لأنّ صحّة الإجازة علىٰ هذا النّحو توجب وقوع هذه التصرّفات باطلة. وقد عرفت فيما سبق أنّه لا وجه للالتزام ببطلان هذه التصرّفات، فاذا فرض وقوعها صحيحةً منعت عن وقوع الإجازة، لأنّ جوازها مؤدٍّ إلى اجتماع الضدّين كما مرّ تقريبه.

ثانيها: صحّة كلا العقدين والرّجوع إلى بدل التّالف من المثل أو القيمة، إذ لا مانع عن صحّة الإجازة مع فرض صحّة الثاني، حيثُ أنّ المحلّ باقٍ قابل للنّقل، ولا قصور فيه إلّا تفويت بعض منافعه وهو يُجبرُ بالتّغريم جمعاً بين الحقّين.

وليس هذا كالصّورة الأُولىٰ مناقضاً لأصل النقل كما لايخفىٰ، ولكن هذا الوجه لايخلو عن ضعفٍ يظهر وجهه من التأمّل فيما مرّ.

ثالثها: صحّة العقد الثاني والإجازة من دون رجوع المشتري الأوّل إلى

البدل، حيثُ أنّه تلف في يد من لا يُضمن بتلفه. وامّا صحّة الإجازة فلأجل بقاء محلّها علىٰ قابليّة النّقل، غاية الأمر، أنّه قد انسلخت عنه بعض منافعه، وبذلك لا يخرج العين عن قابليّة النّقل. غاية الأمر يثبت الخيار للمشتري الأوّل لأجل الخسران الوارد عليه من طرف المبيع، فيجبرُ ذلك الضّرر بالخيار.

وامّا احتمال صحّة الإجازة وبطلان العقد الثاني لكونه متفرّعاً علىٰ صحّة العقد الأوّل الذي لا مانع من صحّته لبقاء محلّه.

مدفوعٌ، بما تقدّم من أنّ المحلّ الباقي القابل لوقوع الإجازة عليه ليس إلّا نقل الملك المسلوب المنافع في هذه القطعة من الزّمان، واجازته بهذا النّحو غير منافية للعقد الثّاني.

وامّا إجازة نقل الملك الواجد لهذه المنفعة الخاصّة، فهي منافيةٌ للزوم الوفاء بذلك العقد الثاني المفروض فيه وجوب الوفاء، وإذا كانت منافيةً فلا يؤثّر في صحّة العقد الأوّل حتىٰ يترتّب عليه فساد العقد الثاني، كما عرفت مراراً.

* * *

مسألة: لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده فهو، وإلّا فله انتزاعه ممّن وجده في يده مع بقائه، ومع التّلف يرجع إلىٰ من تلف عنده بقيمة يوم التّلف، أو بأعلى القيم من يوم وقع في يده إلى زمان التّلف، على الخلاف في المسألة.

ولو كان قبل ذلك في ضمان الآخر، وفُرض زيادة القيمة عنده، ثُمّ نقصت قيمته حال انتقاله إلى الآخر، إختصّ السّابق بالرّجوع إلى الزّيادة، وله مطالبة أيّهما شاء حينئذٍ فيما عدا الزّيادة، كما سنوضّحه إن شاء الله في الأيدي المتعاقبة.

هذا حكم المالك مع المشتري بأنّ له انتزاع العين أو تضمينه بها.

وامّا حكم المشتري مع البايع الفضولي:

فتارة: يُتكلّم في الّثمن.

واُخرىٰ: فيما يغرمه للمالك زائداً على الّثمن.

أمّا الكلام في المقام الأوّل:

فلا شبهة في أنّه يرجع على البايع بالّثمن إنْ كان جاهلاً بكونه فضوليّاً، سواء كان الّثمن باقياً أو تالفاً، ولا يضرّه اعترافه حال التّرافع بكون البائع مالكاً، حيثُ

أنّ اعترافه مبنيٌّ علىٰ ظاهر يده، وبعد إثبات الثّالث ملكيّته بالبيّنة ـ مثلاً ـ يزول مبنىٰ الاعتراف، إذ اليد لا تعارض البيّنة.

نعم، لو اعترف له علىٰ وجه عُلم عدم استناده إلى اليد، كأن قال بعدما أقام الثّالث بيّنته أنّها كاذبة في الشّهادة، أو اعترف من أوّل الأمر بأنّي عالمٌ أنّ البائع ورثه من أبيه مثلاً، فلا يرجع عليه بشيء، لأنّه اعترف بأنّ الثّالث أخذه من غير استحقاقٍ فهو ظالم له بمقتضىٰ إقراره، وليس له حينئذٍ إلزام مَنْ اعترف بملكيّته بالتّضمين كما لا يخفىٰ.

ولو لم يعلم استناده إلىٰ ظاهر اليد، أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد، أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالته على الواقع وجهان.

وإنْ كانَ المشتري عالماً بالفضوليّة، فانْ كان الثّمن باقياً استردّه، إذ لم يحصل منه سببٌ شرعيٌ يوجب انتقال ماله عنه، فلايجوز للبائع التّصرف فيه، لكونه أكلاً للمال بالباطل، هذا إذا كان الثّمن باقياً.

وامّا لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل حُكي الاتّفاق عليه من غير واحد.

ووجهه: أنّه سلّطه على إتلاف ماله من غير تضمينٍ، فليس اتلافه له مُضَمّناً، لأنّ مدرك الضّمان، امّا عموم «**على اليد**»، وامّا قاعدة الإقدام ـ على الخلاف فيه كما عرفت فيما سبق ـ وكلاهما غير ناهضٍ لإثبات الضّمان في المقام، لأنّ الأوّل مخصَّصٌ بفحوى ما دلّ علىٰ عدم ضمان من استأمنه المالك لحفظه، أو انتفاع به أو استيفاء المنفعة منه، لأنّ الدّفع علىٰ هذا الوجه إذا لم يوجب الضّمان فالتّسليط على التصرّف فيه واتلافه له ممّا لا يوجب الضّمان بطريق أولىٰ.

ودعوىٰ: أنّه إنّما سلّطه بازاء العين المغصوبة، فلا يكون مجّاناً حتّىٰ لا يُضّمنه بشيء، ضرورة عدم طيب نفسه بالتصرّف فيه لو لم يحصل العين بيده ولو عدواناً.

مدفوعةٌ: بأنّ المشتري بعد علمه بالغصبيّة سلّطه عليه بازاء ملك الغير، فهو في

الحقيقة لم يُضمِّنه شيئاً مِنْ كيسه، بل سلّطه على اتلافه مجّاناً، بحيثُ لا يَخرجُ من كيسه شيءٌ، إذْ قَصده صيرورة مال الغير مِلْكاً له بازاء هذا التّسليط، لا يثمر في التّضمين بعد علمه بعدم خروج شيء من كيسه، فهو في الحقيقة أعطاه الّثمن على أنْ يتصرّف فيه كيف شاء مِنْ دون أن يجعل بازائه شيئاً مِنْ مال نفسه، فتغريمه مِنْ مال نفسه بعد التّلف مخالفٌ لما بنوا عليه.

وممّا ذكرنا ظَهر فساد التمسّك بدليل الإقدام، لأنّ البايع لم يُقْدِم علىٰ ضمان الّثمن إلّا بما يعلم المشتري أنّه ليس ملكاً له، وأنّه لا يَضمنُ به.

إنْ قلت: إنّ قوام المبادلة بتضمين كلّ من المتبادلين ما في يده لا عمّا في يد الآخر، وتخسيره له بحذاء الآخر، والمفروضُ ثبوت قصدهما لها فيما نحن فيه ـ كما بيّنا فيما سبق ـ تصحيحاً لبيع الغاصب بعد إجازة المالك بدعوىٰ ملكيّته، فالمشتري بانٍ على أنّه مالكٌ ولو عدواناً، ثمّ يجعل مال نفسه بدلاً عن ماله الّذي في يده، فهو إنّما سَلّطه علىٰ ماله بازاء مال الغاصب مُعرِضاً عن حكم الشّارع بعدم مالكيّته له، فاعطاء الّثمن بعد ذلك إنّما هو للجري على المعاملة، والوفاء بها، فالتّسليط ليس مجّاناً، وتضمينه البائع بازاء الّثمن حقيقيٌّ إلّا أنّ كون الّثمن ملكاً له ادّعائيٌّ.

قلت: المبادلة إنّما تتحقّق بين المالين، فحقيقة التّضمين لا يكون بين المالكين بعد عِلْمه بكون المبيع لغير البائع، لأنّ الضّمان كون الشيء في عهدة الضّامن وخسارته عليه، فدفع الّثمن إلى الفضولي بعنوان البدليّة عن ملك الغير، مَع عِلْمه بالحال، لايكون إلّا ترخيصه في الإتلاف مِنْ دون أنْ يَغْرِم من كيسه لذلك شيءٌ، والبناء علىٰ كونه مالكاً لا يَثمر، إلّا في مكان وقوع قصد المبادلة دون التّضمين، إذ مع علمه بالحال يعلم أنّه لا يَتخسّرُ من كيسه شيءٌ، ومع ذلك يُدفع الثمن إليه.

وبما ذكرنا يتّجه الفرق بين ما نحن فيه، وبين ما لو جَهل المشتري بالحال، حيثُ لا يُدفع الّثمن إليه مجّاناً، بل دفعه إليه بازاء هذا الشّيء الّذي اعتقد أنّه مِلْك للبائع.

غاية الأمر، أنّه أخطأ في اعتقاده، فهذا غير موجبٍ لطّيب نفسه باتلاف ماله

مجّاناً، نعم لمّا لم يكن المبيع ملكاً للبايع يخرج العين الخّاص عن كونها مضموناً بها، فهذا موجبٌ لعدم تحقّق الضّمان الخاص الّذي أقدم عليه، بحيثُ يكون خسارة هذا الشّيء الخاص على البائع، وهذا لا يقتضي نفي أصل الضّمان الثّابت بالأدلّة، مثل عموم على اليد وغير ذلك.

وقد يُتوهّم: في صورة علم المشتري بالحال، كون مبادلته مِنْ قبيل تعدّد المطلوب، بمعنى أنّ دفعه المال على أنْ لا يكون مجّاناً وأنْ يكون بحذائه شيء، وبعد البناء علىٰ مالكيّته للعين المغصوبة استوفاها بدلاً عن ماله، فذلك من قبيل تعيين الكلّي في الفرد الخاص.

ولكنّه يندفع: بالتأمّل في المعاملات الواردة على أموال النّاس بين السرّاق والظّلمة، حيثُ أنّها ليست في الحقيقة إلّا بذل المال بدلاً عن نفس العين المسروقة، لا أنّ قصده التّضمين أوّلاً ثُمّ الإنطباق، بل هو أمرٌ بسيطٌ عبارةٌ عن تبديل الّثمن بهذا الشّيء، ثُمّ يدفعه إلىٰ غير مستحقّه بأنْ يتصرّف فيه كيف يشاء.

هذا تمام الكلام في تشخيص الصّغرىٰ وملخّصه: أنّ دفع الّثمن إلى البايع تسليطه على اتلافه، مِنْ دون أن يخرج من كيسه بازائه شيءٌ، حال كون المشتري عالماً بالغصبية.

وامّا التكلّم في الكبرىٰ أعني، نفي الضّمان حينئذٍ، وإنْ أشرنا إلى دليله في الجملة، إلّا أنّ كشف القناع عنه يحتاج إلى مزيد توضيح:

فنقول: ويمكن أنْ يُستدلّ علىٰ ذلك ـ مع الغضّ عن الشّهرة المُحقّقة، والإجماعات المحكيّة المستفيضة في المقام، وفحوىٰ ما دلّ علىٰ نفي الضّمان في صورة الإستيمان ـ بعموم سلطنة النّاس على أموالهم، لأنّ عدم نفوذ اذنه في نفي الضّمان منافٍ لسلطنته المطلقة، حيثُ لا يكون مسلّطاً على التصرّف فيه بهذا النّحو، ونهي الشّارع عن هذا التصرّف كحرمة البيع المحلوف علىٰ تركه وغيره من التصرّفات المحرّمة غير منافٍ لنفوذ اذنه مِنْ هذه الجهة، فدفع الّثمن بازاء مال الغير وإنْ كانَ محرّماً شرعيّاً،

إلّا أنّه غيرُ مضمّنٍ لعموم السّلطنة، فافهم[1].

وكذا يمكن الاستدلال بـ«**لا يَحلُّ مالُ امرءٍ إلّا عَنْ طيب نفسه**» لنفي الضّمان بالتقريب المتقدّم في مبحث المعاطات بأن يقال: إنّه ليس ممحّضاً لبيان الحكم التكليفي، بل هو مَسوقٌ لبيان أنّ مال الغير لا يُمضي ولا يتجاوز عنه لغير المالك، بحيثُ لا يؤخذ بشيء، إلّا إذا قارنه طيب نفس المالك، بمعنى أنّه ملتزمٌ به، وهو في عهدته حتّىٰ يحصل الطّيب، وإذا حصل الطّيب فقد خرج عن عهدته، وبَرئت ذمّته. وقد ذكرنا لتوضيح هذا المعنىٰ شواهد، ومن أراد الإطلاع عليها فليراجع.

هذا، ولعمري إنّا وإنْ أطلنا الكلام في هذا المقام، وبذلنا الجِدّ كلّ الجد في تصحيح المسألة علىٰ مذاق المشهور، إلّا أنّ الإنصاف أنّ الالتزام به واتمامها علىٰ وفق القواعد في غاية الإشكال، بل لا يكادُ يُمكن ـ ولا سيّما في صورة الإتلاف ـ لعدم نهوض الفحوى المذكورة في هذه المسألة ـ لو سلّم تماميّتها في صورة التّلف ـ حيثُ أنّ عدم الضّمان في الاستيمانات إنّما هو في صورة التّلف دون الإتلاف، مع أنّه لو تمّت هذه الأدلّة للزم الحكم بعدم ضمان المرتشي لو تلف المال في يده أو أتلفه، مع أنّ بعضهم صرّحوا بالضّمان فيه في صورة التّلف، فضلاً عن الإتلاف، وكذا الحكم في «آجرتك بلا أُجرة»، و«بعتك بلا ثمن»، مع أنّ الظاهر أنّ المشهور يحكمون فيها بالضّمان، وإنْ استشكل الشهيد ﷺ فيه كما ذكرنا فيما سبق. هذا كلّه مع أنّها مخالفةٌ للقاعدة المسلّمة مِنْ أنّ كلّ عقدٍ يُضْمَنُ بصحيحهُ يُضْمَن بفاسده، فانّ هذه القضيّة مع أنّها بحسب الظّاهر ممّا لا خلاف فيها، بل اِدُّعي الإجماع عليها، ممّا يساعد عليها البرهان، وإنْ أمكنَ الخدشة في بعض موارد عكسها كما حقّقنا سابقاً. فحينئذٍ نقول

---

١ ـ لايخفى أنّ التمسك بعموم (الناس مسلّطون) لنفي الضمان فيما نحن فيه لا يخلو عن تأملٍ لانّ ثبوت الضمان ونفيه من جملة الاحكام الشرعية، وقد قدرنا فيما سبق من أن دليل السلطنة لا يثبت به الاجواز التصرف وأما الاحكام اللاحقة للتعرف فليس هذه الأدلة ناظراً اليها. فافهم (منه قدس سره).

إنّه إنْ تمّ الإجماع على المسألة فهو، وبه يُخصَّصُ القاعدة، وقد قرّرنا في محلّه أنّهـا قابلة للتّخصيص بحيثُ لا ينافي الإجماع.

وكيف كان، فلا إشكال في رفع اليد عنها علىٰ فـرض تحـقّق الإجمـاع، وإلّا فالأقوىٰ فيها الضّمان.

وما ذكرنا في وجه المنع من أنّه سلّطه على اتلافه، **ففيه**: أنّه ليس إبـاحة في التصرّف وإنْ توهّمها بعضٌ، بل جرىٰ على العقد الفاسد، والالتزام بمؤداه وأنّ دفع الّثمن إليه من باب الوفاء بهذا العقد، والإعراض عن حكمه الشّرعي، فلم يصدر منه إلّا الّتمليك بعنوان الوفاء، وامّا تجويزه تصرّفَ البائع في الّثمن فليس إلّا لأجل البناء على أنّه مِلْكه بحيثُ يكون ذلك من آثار الملكيّة. والمفروض انّه لم يَمضِ الشّارع هذا الّتمليك فلا يتفرّع أحكام الملكيّة من نفوذ تصرّفاته، فالتصرّفات الّـلاحقة ليست مسبّبة عن طيب نفسه بل مُسبّبةً عن الالتزام بذلك العقد الفاسد، فالطّيب منتفٍ في المقام، بل بَنى المالك على أنّ المال أجنبيٌّ عنه، وأنّه أزال عُلقته عنه بحيثُ لا دخل به، ولا يؤثّر في صحّة التصرّف فيه اذنه، مع أنّ الشارع لم يرض بهـذا العـقد ولم يُمضه، بل ألقاه علىٰ ملك المشتري، والمشتري مع بقاء علقته ليس له طيب النّفس بالتصرّفات، فمقتضاه ثبوت الضّمان.

وإنْ شئت مزيد توضيح، فافرض كون التصرّف مخالفاً لميل المشتري، بحيثُ لا يرضىٰ به أصلاً، وإنّما الرّادع عن منعه بنائه علىٰ كونه ملكاً له، والالتزام بآثار الملكيّة، فالرّادع عن منعه هو الالتزام بالآثار، وبنائه علىٰ عدم كونه ملكاً له، بل كثيراً ما يكون نادماً بالنّسبة إلى أصل المعاملة أيضاً، ولكنّه لا يريد نقض العهد، فلا ينهاه عن التصرّف.

وأوضح من ذلك في ثبوت الضّمان، علم البايع بعدم طيب نفسه بالتصرّف، إلّا أنّه يتصرّف لأجل ا لبناء على المالكيّة، ولا يُزاحمه المشتري أيضاً لأجل هذا البناء.

ولا يتوهّم: خروج هذا القسم من محلّ كلمات العلماء، بل لا يخفىٰ أنّ هذا هو

القدر المتيقّن من محلّ كلماتهم، إذ لو فرضنا تحقّق طيب النّفس منه على أيّ تقديرٍ، بأنْ يكون راضياً بتصرّفه، ولو لم يكن مالكاً، بل كان مِلْكاً للمشتري، فَعَدم الضّمان ليس لأجل التّسليط المتحقّق في ضمن المعاملة الفاسدة، بل هذا التسليط بالنّسبة إلى الطّيب الخارجي المقارن كالحَجَر الموضوع في جنب الإنسان، فَعدم الضّمان مستندٌ إليه لا إلى الطّيب، ولعلّه لأجل ما ذكرنا استشكل بعضٌ في نفي الضّمان في الهبة الفاسدة.

وكيف كان، فلا ريب ولا تأمّل في ورود الإشكال بنفي الضّمان فيما نحن فيه في صورة الإتلاف، ولكنّه يمكن الالتزام به في صورة التّلف، لفحوىٰ ما دلّ على نفي الضّمان في الاستيمانات، وإنْ أمكنَ المناقشة في الفحوى أيضاً، كما سنبيّن إن شاء الله تعالىٰ.

وتقريب الاستدلال بالفحوىٰ: يظهر ممّا ذكرنا في نفي الضّمان في الهبة الفاسدة.

توضيحه: أنّ المستفاد مِنَ الأدلّه الدالّة علىٰ نفي الضّمان عن الأمين، أنّ وضع العين في يد الغير وتفويضها إليه، وتسليطه عليها، لأجل حفظها، أو الإنتفاع منها، أو استيفاء حقّه منها، لمّا كان ظاهرها التزام الدّافع بخسارتها علىٰ نفسه، وكونها في عهدته، بحيثُ لو تَلفت خرجت عن كيسه، ليس على من أخذها لهذه المقاصد خسارة، فكأنّ الشّارع قرّر ما كان مركوزاً في أذهان أهل العرف، حيثُ انّهم يلومون مَنْ أراد التغريم في هذه الصّور، ويعتذرون عن الأخذ بأنّه ما فرّط فيه شيئاً، وأنّ الآخذ بنفسه أعطاها إيّاه وسلّطه عليها، فلا وجه أن يتخسّر عنه.

نعم، لو أخذها الآخذ لانتفاعه منها، والتزم بكونها في عهدته، لا يأبون عن التّغريم وكون خسارته عليه، بخلاف ما لو أخذها لصِرْف الحفظ، فلا يجوّزون تخسيره أصلاً، حيث أنّه لم يأخذها إلّا لأجل مصلحة المالك، فاشتراط كون الودعي ضامناً منافٍ لأصل هذا الفعل، أعني استيمانه علىٰ حفظها، وإلى ذلك يَنظ[ر] كلام الفقهاء رضوان الله عليهم حيث يقولون إنّ شرط الضّمان منافٍ لمقتضى عق[د]

الوديعة.

والدليل علىٰ تقرير الشّارع لهذا المعنىٰ، تعليله في غير واحد من الأخبار لنفي البأس عنه بأنّه أمينٌ، والظاهر أنّ المراد من الأمانة كونه مسلّطاً على المال مِنْ قِبل المالك، حيثُ ألقاه تحت يده، وجَعله مختاراً فيه، وموثوقاً به بحسب جعله، لأنّ هذا المعنىٰ هو المناسب لهذا الحكم، أعني نفي الضّمان، دون العدالة والوثاقة الواقعيّة كما لايخفىٰ.

ويفصح عن إرادة هذا المعنىٰ، ما ورد في بعض الأخبار في مثل ما ورد من «**أنّك لا تستأمن الخائن**» أو «**لقد استأمت خائناً**»[١] يعني جعلته أميناً في مالك، أي سلّطته عليه، لا أنّك اعتقدت أمانة الخائن.

إذا عرفت ذلك فنقول إذا كان تسليط الغير على الانتفاع، أو استيفاء الحقّ، لكونه ظاهراً في التزامه بالخسارة سبباً لرفع الضّمان، مع بقاء عُلقة المالكيّة، فعلية تسليطه مطلقاً على الانتفاع والإتلاف، مع قطع عُلقة المال واحداثها بين الغير، وذلك المال أولى للحكم المذكور، حيثُ بنىٰ المالك والتزم علىٰ جعله ذا مالٍ، فتغريمه والزامه علىٰ عدم وصول نفع إليه، بل تلفه بأمر سماوي منافٍ لما قصده المالك، وبنىٰ عليه عزمه والتزم به في نفسه.

والخدشة: في الفحوىٰ بامكان مدخليّة بقاء العُلقة في ذلك الحكم.

مدفوعةٌ: بعدم المناسبة بينهما، فافهم وتأمّل، ولأجل ما ذكرنا لم نقل بالضّمان في الهبة الفاسدة.

ولكن يشكل ما ذكرنا بكثيرٍ من الموارد، حيثُ أنّهما يُتراءىٰ كونها من هذا القبيل، مع أنّ الظّاهر يحكمون فيها بالضّمان، كبيع الخمر والخنزير مع العلم بعدم قابليّتهما للتّمليك، وكالبيع بلا ثمن والإجارة بلا أُجرة.

---

١ ـ قريبٌ منه في وسائل الشيعة: ج١٩ باب ٩ ص٨٨.

ولكنّ الظّاهر ثبوت الفرق بينهما، كما يظهر بالتأمّل:

أمّا مسألة بيع الخمر والخنزير: فلأنّ فيه شأنيّة التّضمين ، بل هو تضمينٌ حقيقي واقعاً. غاية الأمر عدم صلاحيّة المضمون به للملكيّة في نظر الشّارع، ولكنّه في نظرهما مع قطع النّظر عن حكم الشّارع مالٌ وضمنه نفس البايع به حقيقةً، بخلاف ما نحن فيه، وبذلك يتخيّل الفرق بين ما نحن فيه وبين الهبة الفاسدة، حيثُ أنّه مشتملٌ على التّضمين ولو صوريّاً، بخلاف الهبة الفاسدة، ولكنّه لا يخلو عن تساهل فافهم.

❊ ❊ ❊

[البيع بلا ثمن]

وأمّا مسألة البيع بلا ثمن فنقول فيها: إنّ تحقّق ماهية البيع يتوقّف علىٰ جعل الّثمن في مقابل المبيع، لكونه مبادلة، والمبادلة لا تتحقّق إلّا بوجود البدل، فقصد كونه بلا بدل يُناقض قصد إيجاد البيع حقيقةً، فلا يعقل إرادة حقيقة البيع مع قصد كون المبيع مجّاناً، فحينئذٍ نقول إنْ أراد بقوله «بعتك» تمليكه مجّاناً مُجرّداً عن اعتبار البدل في لفظ البيع، فيكون ذكر قوله بلا ثمن قرينةً علىٰ مراده، فليس من حقيقة البيع في شيء، وإنّما هي هبةٌ بهذه العبارة.

ثمّ إنّا لو لم نعتبر في الهبة الّلفظ الخاص، بل قلنا بوقوعه بأيّ لفظ كان فهو، وإلّا فهي هبة فاسدة لا يُضمن بها، كما أنه لا يضمن بصحيحها، وإنْ أراد بقوله «بعتك» مفهوم المبادلة وإنشاء حقيقتها حقيقةً، فذكر قوله بلا ثمن لغوٌ في الكلام فيكون بيعاً فاسداً لعدم تعيين الثمن فيه، فالمقبوض به مضمونٌ، كما أنّ صحيح البيع مُضمّنٌ، ثُمّ أنّه لو قال هذا الّلفظ وقلنا باجماله لصلاحيّته لكلا المعنيين، فمقتضى القاعدة فيها الضّمان، لا لكونه بيعاً فاسداً، بل لأنّه الأصل في هذا الباب، ونفيه يحتاج إلىٰ دليل، فما لم يثبت نحكم بالضّمان بمقتضى الأصل.

إذا عرفت ما ذكرنا، ظَهَر لك حال قوله «آجرتك بلا أُجرة» لأنّه مِنْ هذا القبيل كما لا يخفىٰ.

هذا غاية ما يمكننا من التّوجيه للاستدلال بالفحوىٰ[1]، ولكنّ الرّكون إليها والاطمئنان بها في جعلها مدركاً للحكم بنفي الضّمان في ما نحن فيه في غاية الإشكال، ولو سلّم دلالتها عليه في الهبة الفاسدة، إذ المتأمّل الصّادق لا يَجدُ الفرق بين ما نحن فيه وبيع الخمر والخنزير، كما أنّه يجد الفرق بينه وبين الهبة الفاسدة، إذ المملوكيّة الشرعيّة متحقّقة في كلا المقامين، كما أنّ العرفيّة متحقّقة في كليهما من غير فرق بينهما، إذ لا خفاء في أنّ أهل العرف يعدّون الظَّلمة وسلاطين الجور من أهل الثّروة والغناء، مع علمهم بأنّ أموالهم مغصوبة، وأنّها مأخوذة ظُلماً وعدواناً، ولو فُرض تَلف ما في أيديهم يقولوا إنّه تضرّر، ولا يسندون الضّرر إلى المالك الحقيقي الشّرعي، وعلى هذا فالتّضمين فيما نحن فيه متحقّقٌ في نظر العرف كبيع الخمر والخنزير، فالأوجه عدم التفكيك بينهما من هذه الجهة، بمعنى أن نلتزم إمّا بشمول الفحوى لكليهما أو بعدم شمولها لشيء منهما.

ومن جميع ما ذكرنا تلخّص أنّ الأوجه في المسألة الضّمان، لو لم يتحقّق الإجماع، وإلّا فهو المتّبع.

هذا كلّه فيما لو باع الفضولي لنفسه وكان المشتري عالماً بالحال.

وامّا لو باع عن المالك، مع علم المشتري بكونه فضوليّاً، ودفع الثّمن إليه ليوصله إلى المالك جرياً على مقتضى العقد، فهل يضمّنه لو تلف في يده أم لا وجهان:

---

١ ـ وقد ينتقض ما استفيد من الفحوىٰ بضمان المرتشي مع تلف الرّشوة، على ما صرّح به بعضهم.

ويمكن الجواب عنه: بأنّ الرّشوة إنّما هي بازاء العمل، فيكون من قبيل الجعل. غاية الأمر عدم امضاء الشّارع له، وهذا غير موجبٍ لصيرورة التّسليط مجّانياً عرفاً، فهذا نظير بيع الخمر والخنزير فكما في صحيحهما ضمانٌ فكذا في فاسدهما، فافهم (منه رحمه الله).

أقواهما العدم، لأنّ المشتري سلّطه على الثّمن، وهو مِلْكٌ له ولو على الكشف، لأنّ المفروض في المسألة ما لو ردّ المالك ورجع المشتري بالمبيع أو بدّله، ومعلوم أنّ الثّمن علىٰ هذا الفرض غيرُ منتقلٍ إليه على الكشف أيضاً، فهو باقٍ علىٰ ملكه، واستأمنه عليه، فليس له تغريمه.

إنْ قلتَ: إنّ دفع الثّمن إليه ليس إلّا لأجل الوفاء بالعقد والجري عليه، فالتّسلط إنّما يكون علىٰ مالٍ يَزعم كونه مال الغير، وأنّه ليس ممّا له عليه سبيل، بل يَعتقد عدم سلطنته عليه، لأنّ العقد لازمٌ من طرفه لكونه أصيلاً، فسلّطه علىٰ ما لا سلطنة له عليه ظاهراً، وهذا ليس استيماناً على ماله.

قلت: إنّ المشتري الأصيل وإنْ قلنا بعدم جواز تصرّفه في الثّمن، إلّا أنّه لمّا كان عالماً بالفضوليّة يعلم بعدم لزوم العقد من الطّرف الآخر، وكونه متزلزلاً فهو لا يقطع بخروج الثّمن عن ملكه، لإحتمال عدم امضاء المالك للعقد، وتسليط الغير على الثّمن مع احتماله بقائه علىٰ ملكه لا يكون إلّا الاستيمان علىٰ ما يحتمل كونه مالاً له. غاية الأمر عدم تأثير الاستيمان في نفي الضّمان علىٰ فرض خروجه بالعقد عن ملكه، لكونه استيماناً علىٰ مال الغير، فافهم وتأمّل.

هذا تمام الكلام فيما يغرمه بازاء الثّمن.

وامّا التكلّم في المقام الثاني: أعني فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن، فتفصيل الكلام فيه أنّ الزّائد:

امّا أنْ يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثّمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأنْ كانَ القيمة المأخوذة منه عشرين والثّمن عشرة.

وامّا أنْ يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدّار، ووطي الجارية، واللّبن والصّوف والثّمرة.

وامّا أنْ يكونَ غرامةً لم يحصل له في مقابلها نفعٌ كالنّفقة وما صرفه في العمارة، وما تلف منه أوضاع من الغرس والحفر، أو اعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً ونحو

ذلك، أو نقصٍ من الصّفات والأجزاء.

ثُمّ المشتري إنْ كانَ عالماً فلا رجوع له في شيء من هذه الموارد لعدم الدّليل عليه وإن كان جاهلاً.

فامّا الثّالث: فالظّاهر أنّه لا إشكال، بل لا خلاف في أنّه يرجع إلى البايع للغرور، فانّ البايع مُغرِّرٌ للمشتري وموقِعٌ إيّاه في خطرات الضّمان، ومُتلِفٌ عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزّور الّذي يُرجع إليه إذا رجع من شهادته، ولقاعدة نفي الضّرر، مضافاً إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها:

«**عن الرّجل يشتري الجارية من السّوق فَيولّدها ثُمّ يجيءُ مُستَحِقُّ الجارية؟**

قال: يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويَرجعُ على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أُخذت منه»[١].

فانّ حرّية ولد المشتري امّا أنْ يُعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، لأنّها على الثاني شاهدٌ على المدّعىٰ بظاهرها، وعلى الأوّل تدلّ بظاهرها على الرّجوع فيما حصل في مقابله نفعٌ، ومعلوم أنّ جريان الحكم الثّابت في صورة العدم أولىٰ.

وامّا القسم الثاني: أعني ما يغرمه في مقابل النّفع الواصل إليه، والأقوىٰ أنّه كسابقه في جواز الرّجوع إلى البايع، لقاعدة الغرور المتّفق عليها ظاهراً في مَنْ قَدّم مال الغير إلىٰ غيره الجاهل فأكله، وقاعدة نفي الضّرر، فانّ تغريم من أقدم على إتلاف شيءٍ من دون عوضٍ مغروراً من آخر، بأنّ له ذلك مجّاناً من دون الحكم برجوعه إلىٰ من غَرّه ضررٌ عظيم كما لا يخفىٰ.

وقد أورد على الاستدلال:

تارةً: بمنع الصّغرىٰ.

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٢١ باب ٨٨ ص ٢٠٥.

وأُخرىٰ: بمنع الكبرىٰ كليّة أو كلّيتها.

والجواب: امّا عن منع الصّغرىٰ فبأنّا لا نتعقّلُ الفرق بين ما نحن فيه وبين ما لو غرّه على أكل طعام الغير بزعم كونه مِلْكاً للغاصب، مِنْ حيث صدق الغرور، إذ كما أنّه أقدم على أكل الطّعام بأنْ يكون له مجّاناً، كذلك أقدم هنا على استيفاء المنفعة على أنْ يكون من منافع مِلْكه، ولا يتخسّر في مقابله بشيء.

وبالجملة: تحقّق الغرور فيما نحن فيه بديهيٌّ، ومفهوم الغرور الموجب للرّجوع في باب الإتلاف، وإنْ لم يكن مُنقّحاً، إلّا أنّ المتيقّن منه ما كان اتلاف المغرور واثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير بل قصده إلى اتلاف مال نفسه، أو من أباح له الإتلاف، فمنعه بيّن الفساد، كما أنّ صدق الضّرر والإضرار أيضاً ممّا لا يرتاب فيه، إذ مجرّد وصول شيء بحذائه غَيرُ موجبٍ لنفي صدق الضّرر، وذلك واضحٌ لمن راجع الوجدان والعرف.

وامّا منع الكبرىٰ كلّيةً فتقريره:

أنّ قاعدة الغرور بنفسها ليست قاعدة مستقلّة موجبة للضّمان، لعدم مساعدة الدّليل عليها بنفسها مِنْ حيثُ هي، بل التّضمين إنّما هو لأجل مصادقتها مع نفي الضّرر والضّرار.

والقول بعدم مدخليّة نفي الضّرر في قاعدة الغرور، بل هي مبتنية علىٰ تقديم السّبب على المباشر.

مردودٌ، بأنّ تقديم السّبب لا ينهض عليه الدّليل، إلّا إذا استند الإتلاف إلى السّبب عرفاً، بحيثُ لا يكون المباشر إلّا بمنزلة الآلة كبعض افراد المُكْرَه إذا ذهب القصد والشّعور، فعلىٰ هذا أيضاً ليس إثبات الضّمان لأجل الغرور، بل لأجل استناد الإتلاف إليه عرفاً.

ودعوىٰ: أنّه لا حاجة لنا في إثبات أنّ الغرور بنفسه مضمّن، بل يكفينا في إثبات الضّمان دليل نفي الضّرر.

ممنوعةٌ: بعدم جواز التمسّك بعموم نفي الضّرر، إلّا في مواردَ تمسّك به بعضٌ من قدماء الأصحاب من الأساطين، لِما تقرّر في محلّه من أنّ كثرة التّخصيص أجمله بالنّسبة إلى الموارد الغير المعمولة، لأنّها كاشفة عن ورود تخصيص عليه بعنوان واحد ولا نعمله، إلّا أنّا نأخذ بظهوره في كلّ مورد تمسّك به جمعٌ من الأصحاب لخروجه بسبب العمل عن طرف العلم بطروّ التّخصيص بهذا العنوان الّذي لا نعلمه. والظّاهر أنّ العلماء لم يستندوا فيما نحن فيه إلى قاعدة نفي الضّرر حتّىٰ يجوز لنا التمسّك بها.

والجواب: أنّ سببيّة الغرور للضّمان في الجملة، ممّا يساعد عليها الإجماع، والأخبار الخاصّة الواردة في الموارد المتفرّقة.

بيانه: أنّك قد عرفت في مسألة مَنْ قَدّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله، أنّ ثبوت الضّمان على الغار ممّا لا خلاف فيه على الظّاهر، ومستندهم في إثبات الضّمان الغَرر، حيثُ يقولون إنّه ضامنٌ لتغريره إيّاه، و«**المغرور يَرجع إلىٰ من غرّه**»، فاستدلالهم بالقاعدة يرشد إلى أنّ سببيّة الغرور لإثبات الضّمان عند هؤلاء المجمعين مسلّمة، فيثبتُ به أنّ هذا المقدار من الغرور المتحقّق في ضمن هذه المسألة موجبٌ للضّمان بالإجماع.

نعم، لو كان صدق الغرور علىٰ فردٍ أخفىٰ مِنْ صدقه في هذه المسألة، لا يثبتُ بالإجماع علىٰ هذه المسألة أنّ هذا الصّنف من الغرور المتحقّق في ضمن هذا الفرد أيضاً موجبٌ للضّمان، كما لا يخفىٰ.

ولكنّك بعدما عرفت من عدم الفرق بين ما نحن فيه مِنْ حيثُ صِدق الغرور وبين هذه المسألة، عِلِمْتَ أنّ الالتزام بذلك غيرُ مضرّ لما نحن فيه، إذ القدر المتيقّن حينئذٍ سببيّة هذا المقدار من الغرور المتحقّق في ضمن كلا المسألتين.

وامّا الأخبار:

فمنها: ما ورد في رجوع المحكوم عليه علىٰ شاهد الزّور[1].

---

١ ـ راجع وسائل الشيعة: ج ٢٧ باب ١١ ص ٣٢.

ودعوىٰ كون الحكم فيه تعبديّاً من دون استناده إلىٰ قاعدةٍ، في غاية البُعد.

ودعوى الفرق بين هذا المورد بحسب القواعد وبين ما نحن فيه، غير مسموعة.

ولو قيل: بأنّ ذلك ليس لقاعدة الغرور، بل لصيرورة المحكوم عليه بمنزلة المُكْرَه في عدم القصد.

قلنا: بمثله فيما نحن فيه أيضاً، بل انتفاء القصد فيما نحن فيه أوضح من المحكوم عليه كما لا يخفىٰ.

وبما ذكرنا عرفت الجواب عن منع كلّية القاعدة، من أنّه لا حاجة لنا في إثبات كلّيتها، بل يكفينا القدر المتيقّن منها.

هذا كلّه، مع أنّ دليل نفي الضّرر أيضاً يثبت الضّمان على الغار، وما ذكرنا مِنْ عدم جواز التمسّك به فانّما هو في كلّ مورد لم يعمل علىٰ طبقه أحدٌ من الأصحاب، وامّا في الموارد الّتي عملوا علىٰ طبقه وإنْ لم يَستندوا إليه، فلا صارف يوجبُ رفع اليد عن ظهوره.

ويمكن أن يُستدلّ أيضاً لاثبات الضّمان بما حُكي عن «الإيضاح» من الإجماع علىٰ تقديم السّبب على المباشر إذا كان السّبب أقوىٰ.

ثُمّ أنّه قد ظهر ممّا ذكرنا حكمُ ما يغرمه المشتري في مقابل العين، من زيادة القيمة على الّثمن الحاصل وقت العقد ـ كما لو باع ما يسوىٰ عشرين بعشرة فتلف، فأخذ منه المالك عشرين ـ مِنْ أنّه لا يرجع بما زاد عن أصل الّثمن، دونَ عَشرة الّثمن، لعدم تغريره بالنّسبة إليها، لإقدامه علىٰ أن يكون تلفه من كيسه، ولا يتخسّر في مقابله زائداً على العشرة، فهو مغرورٌ بالنّسبة إلىٰ ما زاد دون العشرة، ضرورة كونه مُتَخسّراً بهذا المقدار لو فرض صدق البايع في دعوى الملكيّة.

ومعنىٰ قولنا أنّه «لا يرجع بعشره الّثمن» أنّه لا يرجع إلى البائع بتمام ما يغرمه للمالك، بحيثُ يكون تلفه من كيس البايع، بل لابدّ أنْ يكونَ خسارة العين على المشتري بمقدار ما أقدم عليه، وليس معناه أنّه لا يرجع إلى الغاصب بالّثمن الّذي

دفعه إليه أوّلاً ـ كما قد يتراءىٰ من ظاهر العبارة ـ لأنّه يلزم علىٰ ذلك ـ مضافاً إلى أنّه لا وجه لأكل الغاصب الّثمن ـ أنْ يَتَخسّر المشتري بعشرين، عَشَرة للغاصب وعشرة للمالك. وقد عرفت عدم إقدامه على الخسارة إلّا بمقدار أصل الّثمن.

ولا يخفىٰ عليك أنّ كلّما يرجع المشتري به على البايع إذا رجع إليه، فلا يرجع البايع به على المشتري إذا رجع عليه، لأنّ المفروض قرار الضّمان على البائعُ.

وامّا ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الّثمن من القيمة، فيرجع البايع به على المشتري إذا غرمه للمالك، والوجه في ذلك حصول التّلف في يده.

إنْ قلتَ: إنّ كلّاً مِنَ المشتري والبائع يتساويان في حصول العين في يدهما العادية، الّتي هي سبب للضّمان، وحصول التّلف في يد المشتري، لا وجه له ولا دليل على كونه سبباً لرجوع البايع عليه. نعم لو تلف بفعله يَرجعُ، لكونه سبباً لتنجّز الضّمان على السّابق.



[في توارد الأيادي على عين واحدة]

قلت: قد ذكر الشيخ ﷺ بعد بيان معنىٰ قوله «**عَلى اليد ما أخَذَتْ**» وأنّ العين المغصوبة في صورة توارد الأيادي عليها تكون في عهدة كلّ من الأيادي، وأنّه كيف يَعقل ثبوت شيء واحد في ذمم متعدّدة، قال:

«فنقول: إنّ الوجه في رجوعه، هو أنّ السّابق اِشتَغلتْ ذمّته بالبدل قبل الّلاحق، فاذا حَصل المال في يد الّلاحق، فَقدضَمِن شيئاًله بدلٌ، فهذا الضّمان يرجعُ إلىٰ ضمان واحدٍ من البدل والمبدَل علىٰ سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البدل، وإلّا خرج البدل عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فانّما هو تداركٌ لما استَّقرّ تداركه في ذمّة الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل، فانّه تداركُ نفس العين معيّناً، إذ لم يحدثْ له تداركٌ آخر بعدُ، فانْ أدّاه إلى المالك سَقَط تدارك الأوّل له، ولايجوزُ دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك، لأنّه مِنْ باب الغرامة والتّدارك، فلا اشتغال للذمّة قبل فوات المتدارك، وليس من قبيل العِوض لما في ذمّة الأوّل، فحالُ الأوّل مع الثاني كحال الضّامن مع المضمون عنه، في أنّه لا يستحق الدّفع إليه إلّا بعد الاداء.

والحاصل: أنّ مَنْ تَلف المال في يده ضامنٌ لأحد الشّخصين على البدل، مِنْ المالك ومَنْ سَبَقه في اليد، فيشتغل ذمّته إمّا بتدارك العين، وإمّا بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغالُ شخصٍ واحدٍ بشيئين لشخصين على البدل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمّة أشخاصٍ على البدل بشيء واحد»[1] انتهىٰ.

أقول: وقد يخطر بفكري الفاتر أنّ ما ذكره ﷺ من أنّ السّابق اشتغل ذمّته بالبدل قبل اللّاحق لا يخلو عن تأمّل، لأنّ المتصوّر من الضّمان مع بقاء العين ليس إلّا الالتزام بايصال العين إلى المالك، وتمكينه منها متىٰ شاء، وهذا معنىٰ كونها في عهدته، وليس ذلك مجرّد الحكم التّكليفي كما أشرنا إليه في محلّه.

نعم، لو لم يتمكّن من الإيصال، يلتزمُ بدفع بدل الحيلولة مع بقاء العين، ومع تلفها بدلاً عن التّالف، وكذا ما ذكره أخيراً من اشتغال ذمّة أشخاصٍ على البدل بشيء واحد لشخصٍ واحد، إذ فيه أنّا لا نتعقّل تقوّم عَرَضٍ واحدٍ شخصيّ بموضوعاتٍ متعدّدةٍ، ولو علىٰ سبيل البدل في زمان واحد.

وامّا تنظيره بالواجب الكفائي، كما ظهر منه فيما سبق، فلا يخلو عن تأمّلٍ لإمكان أن يقال: إنّ الكفائي طَلَبُ فعلٍ مِنْ أشخاصٍ متعدّدة، بحيثُ اشتغل ذمّة كلّ واحد من الأشخاص بامتثال هذا التّكليف، نظير الواجبات النفسيّة، لكن لمّا كان المطلوب تحقّق فردٍ منه في الخارج يرتفعُ الطّلب عنهم لفعل بعضهم، لحصول الغرض، وامتناع إيجاده ثانياً للزوم تحصيل الحاصل.

ولا يقاس عليه اشتغال ذمّة أشخاصٍ بالبدل، إذ ليس للمُبْدَل إلّا بَدَلٌ واحدٌ فلايمكن تحقّقه في أمكنة متعدّدة.

وامّا طلب شيء واحدٍ شخصيّ من أشخاصٍ عديدة، فلامحذور فيه، فافهم وتأمّل.

فالّذي يقتضيه دقيق النّظر أن يقال: إنّ مقتضىٰ «على اليد» كون العين علىٰ

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٤٨ سطر ٢٧.

عهدة الآخذ، ومعنىٰ كونها علىٰ عهدته أنّه ملتزم بادائها إلى المالك، وتسليط المالك عليها بقدر الإمكان، بحيثُ لا يرد علىٰ من أخذها منه خسارة مِنْ قِبَل هذا الشّي المأخوذ، وقد عرفت في محلّه، أنّ هذا المعنىٰ يقتضي الالتزام بردّ نفس العين مع وجودها، وتمكّنه من ردّها، وامّا مع تلفها، فيقتضي الالتزام بردّ ما يُماثلها ذاتاً إنْ كانت مِثْلياً، وإلّا فما يساويها بحسب القيمة بدلاً عن التّالف.

وامّا مع وجود العين، وعدم القدرة على إيصالها إلى المالك، فاللّازم عليه تسليطه علىٰ ما يساويها من المثل أو القيمة، علىٰ فرض عدم كونها مثليّاً، بدلاً عن الحيلولة، ومقتضى كون المدفوع بدلاً عن الحيلولة بقاء نفس العين علىٰ ملك المالك، فعلىٰ هذا لو تسلّط الآخذ علىٰ ردّ نفس العين، فعليه الردّ، واستيفاء ما أدّاه أوّلاً بدلاً عن الحيلولة.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّه لو تعاقبت أيادٍ علىٰ عينٍ، تكون تلك العين علىٰ عهدة كلّ منها يصدق كونها آخذه، وقد عرفت كونها متعهّدة بها التزامها بإيصالها إلى مالكها، فللمالك أن يلزم كلّاً منها بتحصيل نفس العين مع بقائها وردّها إليه، ولو بمؤونة كثيرة، هذا حال المالك.

وامّا الأيادي العادية، فمقتضى القاعدة أنّ حكم السّابقة منها ـ مع ما لحقها بعد التزام المالك إيّاها بتحصيل العين ـ كحكم المالك معها وما لحقتها ـ لكونها مأخوذاً منها بالنّسبة إليه، وإنْ كانت آخذة بالنّسبة إلى المالك، فعلىٰ هذا لو احتاج التّحصيل إلىٰ مؤونة وصرفها السّابق، له إلزام اللّاحق بغرامتها.

ومن هنا يتبيّن أنّه لو لم يُمكن تحصيل العين مع بقائها، أنّ ما يدفعه السّابق بدلاً عن الحيلولة يرجع به الى اللّاحق لكونها آخذة بالنّسبة إليها، وهي مأخوذة منها، فلا شيء عليه من الخسارة بملاحظة اللّاحق، وإنْ كانَ بملاحظة كونها آخذة بالنّسبة إلى المالك خسارتها عليه، فلكلّ منها جهتان إلى اليد الأخيرة، فهي آخذة لا غير، و عليه خسارة العين من دون رجوع إلى الغير.

وبهذا ظهر أنّ الحقّ الّذي أحقّ أن يُقال إنّ العين ما دامت باقية، لم يشتغل ذمّة أحد بشيء، وإنّما يكون علىٰ عُهدتها، بالمعنى الذي عرفت مراراً، فهي ثبوتها في يد الأخير، يكون علىٰ عهدة كلّ من هؤلاء الأشخاص لا ذمّتها، فاذا تـلفت عـنده ينتقل إلى البدل، بمعنىٰ أنّ التعذّر الّذي اعتبار خصوصيّاته الشخصيّة صيّرها كلّياً وانتقل من الخارج إلى الذمّة، ولاريب أنّها بعد التّلف عند الأخير ينتقل إلىٰ ذمّته بعينه، ولا معنىٰ لانتقاله إلىٰ ذمّة الغير معيّناً أو مردّداً، فالمشغول انّما هو ذمّـته لا إحدى الذّمم على البدل، فالمالك إنّما يَملك ذمّته دون ذمّة الأشخاص السّابقين عليه، ولكنّهم متعهّدون باداء ماله حينئذٍ أيضاً كتعهّدهم بذلك حال وجوده، ومعنىٰ كونهم متعهّدين بالأداء أنّ اللّازم علىٰ كلّ واحدٍ أخذُ ما في ذمّة الأخير مـنه وأدائـه إلى المالك، بحيثُ لو إمتنع كانَ عليه خسارته ودفع البدل، وله الرّجوع على لاحقه في اليد لما عرفت.

إنْ قلت: مقتضىٰ ما ذكرت كون ما يدفعه السّابق في هذه الصّورة أيضاً بدلاً عن الحيلولة ولو حكماً، كصورة بقاء نفس العين والتعذّر عن تحصيله، لأنّ المفروض ثبوت حقّه في ذمّة اللّاحق، فما يدفعه السّابق بدلٌ عن حقّه لا عن نفس الحقّ.

وهذا فاسدٌ، لأنّ مقتضاه عدم جواز تصرّف السّابق فـيه، ولزوم دفـعه إلى المالك، ثُمّ يستوفي ما أدّاه إليه أوّلاً، والظاهر أنّه لا يلتزم به أحدٌ.

قلتُ: دفع بدل الحيلولة إنّما هو لأجل التعذّر عن أداء نفس الحقّ، وأمّا بعد صيرورة حقّه كليّاً، فكلٌّ منهم متمكّنٌ عن أداء حقّه، إذ لا حقّ له حينئذٍ غَير فردٍ من الكلّي علىٰ عُهدة كلّ منهم، فكلّ منهم أدّوا هذا الفرد الّذي هو حـقيقةً حـقّه، يرجعُ على لاحقه الّذي هو آخذ بالنّسبة إليه، حتّىٰ ينتهي إلىٰ من استقرّ الحقّ علىٰ ذمّته فعليه أنْ يخرج عن عُهدة كلٍّ مِنَ الأيادي، بمعنىٰ أنه لابدّ مِنْ أنْ يتدارك مـا تخسره مَنْ هو سابقٌ عليه، وهكذا حتّىٰ يصل الأمر إلى المالك، فافهم.

* * *

[لو باع من له نصف الدّار نصف تلك الدّار]

مسألة: لو قال مَنْ له نصف الدّار مُشاعاً «بعتك نصف ملك الدار» ولم يَعلم أنّه أراد نصفه، أو نصف الغير، أو المشترك بينهما[1].

الظّاهر أنّه يُحمل علىٰ نصفه المملوك، دون المشاع في حصّته وحصّة شريكه لاقتضاء مقام التّصرُّف اِنصراف لفظ المبيع إلى مال البايع، نظير قول البايع «بعت غانماً» مع كون الإسم مشتركاً بين عبده وعبد غيره، وقد حُكي عن فخر الدّين دعوى الإجماع على انصرافه إلىٰ عبد نفسه، والظّاهر عدم الفرق بينه وبين ما نحن فيه، إلّا ما قد يُتراءىٰ من ظهور النّصف في الإشاعة عند الإطلاق، وذلك يقتضي إشاعته في الحصّتين، فيتعارض ظهور المقام، وهذا بخلاف لفظ «الغانم» في المثال المذكور، إذ ليس له ظهور في عبد الغير حتّىٰ يتعارض ظهورٌ التصرّف بالبيع في وقوعه لنفس البايع، فلا يُقاسُ عليه ما نحن فيه.

وفيه: أنّ نصف الشّيء عبارةٌ عن جُزئه المساوي للجزء الآخر منه، سواء كان

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٥٠.

الجزءان مشاعين أم مقرونين، مثلاً نصف الدّار يَصدق علىٰ نصفها المفروز والمشاع، فلو كان المالك شريكاً مع الغير فيها يصدق علىٰ كلّ من الشّريكين أنّه مالك للنّصف على كلا التقديرين.

نعم، لو أطلق يَنصرفُ إلى النّصف المشاع مِنْ متعلّقه، لأنّ التّعيين اعتبارٌ زائدٌ يحتاج إلىٰ تقيّد النّصف، بأنْ يُقال النّصف الكذائي، فعند الإطلاق ينصرفُ إلى النّصف المشاع، ولكنّه بالنسبة إلى نفس المضاف إليه لا بالنّسبة إلى الطّواري، ومعنى الإشاعة أنّ نسبة كلّ جزء منه إلى كلّ منهما على السّوية، فيكونان مشتركين فيه، فنصف الدّار لا يقتضي الإشاعة مِنْ حيثُ الإطلاق إلّا بالنّسبة إلى أصل للدّار، وامّا إشاعتها بالنّسبة إلى الطّواري فهو خارجٌ عن مُنصرف النّصف.

وأمّا مسألة الإقرار، فليس حمله على الإشاعة بالنّسبة إلى الطوارئ لأجل ظهور اللفظ فيها، بل ظاهرُ الإقرار أنّ نصف العين مِنْ حيثُ هي مملوكٌ للمُقِرِّ له، ونفس العين لمّا كانت نسبتها إليهما علىٰ حدّ سواء، وحَمْلُ النّصف علىٰ حصّة كلّ منهما ترجيحٌ من غير مرجّح، يُحمل على النّصف المشاع في الحصّتين.

هذا، وقد يُتراءىٰ التنافي بين ما ذكرنا مِنْ انصراف النّصف في مقام التصرّف إلى ملك المتصرّف، وما ذكروه في باب الصّلح مِنْ أنّه إذا أقرّ مَنْ بيده المال لأحد المدعيّين للمال بسبب موجب للشّركة كالإرث، فصالحه المقرُّ له علىٰ ذلك النّصف، كان النّصفُ مُشاعاً في نصيبهما، فإنْ أجاز شريكه نَفذ في المجموع، وإلّا نَفذ في الرّبع، فانّ مقتضىٰ ما ذكرناه اختصاص المُصالح بالنّصف المُقرُّ له، لأنّه أوقع الصُّلحَ علىٰ نصفٍ مشاعٍ فينصرفُ إلىٰ حصّته، لكونه مالكاً للنّصف المشاع في الواقع باعترافهما، ولا فرق في ذلك بين الصّلح قبل الإقرار وبعده، ولا مع المقرّ وغيره.

ولكنّه يندفع بعد التأمّل، لأنّ المدّعيين للمال كلاهما معترفان بأنّ المال لهما علىٰ نحو الشّركة، وأنّهما ورثاه عن أبيهما على السويّة مثلاً، وأنّ صاحب اليد غاصبٌ له، وإنكار الغاصب مانع عن تصرّفهما في المال شرعاً، فاذا ارتفع المانع باعترافه،

يتصرَّفان فيه بقدر ما ارتفع المانع عنه، إنْ كُلّاً ففي الكلّ، وإلّا ففي البعض، وليس لتخصيص الغاصب أحدهما بالذّكر واعترافه له أثرٌ في اختصاص الغصب على الآخر، بل هو قَبل الإعتراف كان عيناً مشتركةً مغصوبةً كلّها، وبعد الإعتراف مغصوباً بعضها، فما يتحصّلُ مِن المال باقرار الغاصب فهو لهما علىٰ سبيل الاشتراك، والنّصفَ الآخر الّذي ينكره فهو عليهما بمقتضى إقرار المقرُّ له، فلو صالح الغاصبُ المقرُّ له على النّصف المقرّ له بعد الاقرار، صحّ في الرّبع، ووقف على إجازة شريكه في الرّبع الآخر، لكونه فضوليّاً بالنّسبة إليه، لما عرفت مِنْ أنّ الاعتراف بالبعض سببٌ لرفع المانع عنه، وكلاهما شريكان فيه بعد التحصّل، فصلحه يقع علىٰ ما ارتفع عنه المالك، وهو حقٌّ لهما.

وبما ذكرنا ظهر أنّه لا فرق بين أن يُقال «صالحتك على نصف الدّار»، أو «علىٰ النّصف الّذي أقررتُ به» لأنّه لم يَقرّ إلّا علىٰ نصفه الواقعي، إلّا أنّ الإقرار بالنّصف الواقعي موجبٌ لتسلّطه على التصرّف في نصف العين المغصوبة، ورفع المانع عنه بازالة اليد العادية. ومن المعلوم أنّ من حكم المشاع ثبوت تسلّط كلٍّ من الشّريكين في العين بمقدار تسلّط الآخر به، فكما أنّ أحدهما مسلّطٌ على نقل العين المشاعة، فكذلك الآخر، فكلٌّ منهما مسلّطٌ علىٰ نقل الرّبع من المجموع المتحصّل من العين ممحّضاً للمقرّ له، فالمتحصّل إنّما هو لهما على السويّة، فلو صالحه عليه بأيّ لفظ عَبّر يُقع الصّلح عنهما. نعم لو صالحه قبل الإعتراف يقعُ الصّلح عنه لا غير، لأنّ الصّلحَ وقعَ على الدّعوى لا على المقدار المتحصّل من العين، كما لا يخفىٰ.

وبما ذكرنا ظهر ما في كلام الشهيد؟ في المحكي عن «المسالك» من التفصيل بين ما لو وقع الصّلح علىٰ نصفه، أو مطلق النّصف، وبين ما إذا وقع على النّصف الّذي أقرّ به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور في الثّالث، لأنّ الإقرار منزّلٌ على الإشاعة، وحَكَم بالاختصاص في الأوّلين، لاختصاص النّصف وضعاً في الأوّل، وانصرافاً في الثّاني إلى النّصف المختصّ، انتهىٰ.

وتوضيح ما في كلامه: أنّ كلّاً من الوارثين شريكان في المال بحسب اعترافهما، فلكلّ منهما نصفٌ مشاعٌ من المال واقعاً، فلو صَدّق أحدهما الغاصبَ، فقد إعترف بحقّه الواقعي الّذي يدّعيه المقرّ له، إذ مِنَ البيّن أنّ المقرّ لم يقصد من النّصف في قوله «نصف المال» إلّا النّصف المختصّ بالمُقَرّ له، لا النّصف المشترك بينه وبين شريكه، وهو صادقٌ في اعترافه، لكونه مالكاً للنّصف في الواقع، والحكم بتشريكهما في النّصف المتحصّل انّما نشأ مِنْ حُكم الشّارع بأنّ ما يتحصّل مِنَ المال، فهو لهما، لكون المال نسبته إليهما علىٰ حدّ سَواء، فالإشاعة المتحقّقة في المقام بين الحصّتين ليس لأجل استفادتها من الّلفظ، بل استظهاره من الّلفظ غير متصوّر بعد إضافته في المقام إلى الشخص، إذ حمل لفظ «النّصف» المضاف إلى الشّخص الخاصّ على نصفِ نصفه، ونصفِ نصف الغير كما ترىٰ.

فَثَبت ممّا ذكرنا عدم الفرق بين التّعابير الثلاث، وظَهَر أيضاً ما في اعتراف «مجمع الفائدة» فيما حُكي عنه على التّفصيل المحكي عن الشّهيدؒ، بأنّ هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثّالث، لفرضهم المُصالحة علىٰ ذلك النّصف المقَرّ به، انتهىٰ.

هذا، ولكنّ الإنصاف أنّ ما ذُكر لا يتمّ، إلّا فيما إذا استولى المُقَرّ له على العين المقَرّ بها، وأوقع الصّلحَ علىٰ ما استولىٰ عليه.

وامّا لو صالح حقّه الواقعي، أو وهبه إلى الغاصب أو غيره، فلا مانع عن صحّته، فيصير المصالَحُ له ـ غاصباً كان أو غيره ـ بعد انتقال حقّه الواقعي إليه بمنزلته شريكاً معه، ولا مانع عن صحّة الصّلح أو الهبة في مثل الفرض، وتعلّقه بجميع حصّته، كما لا يخفىٰ.

قوله: «مدفوعة، بأنّ ما في يد الغير ليس عين ماله...»[1].

١ ـ كتاب المكاسب: ١٥١ سطر ٩.

أقول: هذا حقٌّ، ولكنّ مقتضاه عدم استحقاق المقرّ علىٰ المُقَرّ له إلّا ثلثُ ما في يده، لأنّ المقُرّ إن كانَ صادقاً في إقراره تكون العين مشتركة بين الثّلاث بالإشاعة، فكلّ جزءٍ يُفرض منها يكون مشتركاً بين الثّلاث، وحيثُ أنّ المنكر أخذ نصفه، فقد فرز حقّه وقاسمه مع شريكه، ومقتضى القسمة، وانتقال ما يستحقّه الشّريك ممّا في يده إليه، بدلاً عمّا يستحقّه ممّا في يد الشّريك، فالنّصف الذي في يد المقرّ جزءٌ يُفرض منه ثلثه له وثلثه للمُنكر، لكنّ المنكر رَضي بانتقال ثلثه إلى المقرّ بدلاً عمّا يستحقّه المقرّ ممّا في يده.

والحاصل: كونُ العين مشتركةً بين الثّلاثة، مقتضاه عدم استحقاق كلٍّ منهم مِنْ كلّ جزءٍ مِنْ أجزاء العين إلّا ثلثه، فلا يستحقّ المقرّ له مِن النّصف الّذي في يد المقرّ اصالةً إلّا ثُلثه علىٰ سبيل الإشاعة. وامّا الثلثان الآخران فأحدهما للمقرّ، والآخر للمنكر، لكنّ المنكر أعطىٰ سهمه للمُقرّ بدلاً عمّا يَستحقّ المقرّ ممّا في يد المنكر قضيّةً للقسمة، فيكون الثّلث الّذي للمنكر في يد المقرّ بدلاً عن الثّلث الّذي للمقرّ في يد المنكر بتراضٍ منهما، ولم يرض المنكر بانتقال شيء من حصّته المشاعة ممّا في يد المقرّ إلى المقُرّ له، لأنّه منكرٌ لحقّه، وليس له المقاصّة منه ما لم يثبت حقّه شرعاً. هذا مع خروجه عن مِلْك المُنكر بواسطة القسمة، وانتقاله إلى المقرّ، فيكون للمقرّ سهمان ممّا في يده وللمقرّ له سهم.

وببيان آخر: لو كان المقرّ كالمنكر منكراً لحقّ له، لم يكن عند تصرّفه في نصف العين إلّا غاصباً لنصف حقّه الّذي هو سدس العين، كالمنكر الآخر الّذي اعترف المصنّف بأنّ ثلث ما في يده مغصوب، فكيف يجبُ عليه علىٰ تقدير الإقرار أن يدفع إليه أزيد ممّا يكون غاصباً علىٰ تقدير الإنكار؟

وبما ذكرنا ظهر لك صحّة ما نُسب إلى الأصحاب في مسألة الإقرار بالنّسب، مِنْ أنّ أحد الأخوين إذا أقرّ بثالث، ودَفَع إليه الزّائد عمّا يستحقّه باعتقاده وهو الثلث لا النّصف، والله العالم.

قوله: «والظّاهر أنَّ مستند المشهور بعض الرّوايات الضّعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث»[١].

أقول: قد عرفت آنفاً أنّ حكمهم منطبقٌ على القواعد، والرّوايتان تعضدانها، فانّ المقرّ له لا يستحقّ مِنْ أعيان التركة إلّا بمقدار سهمه، فالنّصف الّذي في يد المقرّ نسبته إلىٰ جميع الورثة علىٰ حدٍّ سواء، لا يستحقُّ المقرُّ له منه إلّا بقدر سهمه، والباقي للمقرّ والأخ الآخر، لكنّ الأخ الآخر لمّا رَضي بالقسمة مع المقرّ جَعَل ما يَستحقّه مِنْ هذا النّصف الّذي في يده، فيكون للمقرّ ثُلثا ما في يد أحده بالأصالة، والآخر بواسطة المعاوضة الّتي حصلت بينه وبين المنكر، بواسطة القسمة، ما تقدّم توضيحه في الفرض السّابق، والله العالم.



١ ـ كتاب المكاسب: ١٥١ سطر ٢١.

[في بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله]

مسألة: «لو باع ما يَقبل التملّك وما لا يقبله [كالخمر والخنزير] صفقةً بثمنٍ واحدٍ، صحَّ في المملوك عندنا كما في «جامع المقاصد» وإجماعاً كما عن «الغُنية».

ويدلّ عليه مضافاً إلى الإجماعات المنقولة المعتضدة بعدم ظهور الخلاف، إطلاق مكاتبة الصّفار المتقدّمة الدالّة على صحّة الشّراء فيما يملك.

ودعوى: انصرافه إلى صورة كون بَعض القرية المذكورة فيها مالُ الغير، ممنوعة»[1].

وكذا يَدلُّ عليه عموم حِلّ البيع ولزوم الوفاء بالعقود.

نعم، قد يُناقش في صدق العموم في المقام:

تارة: بأنّ الصّادر من البائع ليس إلّا نقل الكلّ، ولم يُمضِه الشّارع فلا يَجبُ الوفاء به.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٥١ سطر ٢٦.

وتوهّم: تعلّق البيع بكلّ جزءٍ مِنَ المبيع، لكونه نقلاً بازاء جزء مِنَ الّثمن، فكلُّ جزء يلاحظ كان مبيعاً مستقلّاً في مقابل جزء من الّثمن.

مدفوعٌ: بأنّ بيع الأجزاء في ضمن الكلّ إنّما هو كلٌّ تبعيٌّ، ليس على سبيل الاستقلال، ضرورة عدم كون البيع الواحد الشّخصي بيوعاً عديدة، فالأمر بالوفاء به إنّما نَشَأ من الأمر بالوفاء ببيع الكُلّ، لا أنّه تَعلّق بها أمرٌ مستقلّ، لإنتفاء الموضوع فيها، فاذا فُرض انتفاء الأمر بالكلّ، فالّلازم انتفاء تعلّق الأمر بالأجزاء أيضاً النّاشئ عن الأمر بالكلّ، ضرورة انعدام التّابع بما هو تابعٌ بانعدام متبوعه.

والجواب عنها: بأنّ البيع موضوعٌ عرفيٌّ، وقد أمضاه الشّارع على النّحو المقرّر عندهم مِنْ دون تصرّف فيه. غاية الأمر جَعَل له شروطاً لم تكن معهودة عندهم، كالقبض في الصّرف، وغير ذلك، ونحن بعدما راجعنا أهل العرف نرى أنّهم لو ظَهَر فساد جزءٍ مِنَ المبيع عندهم، يَردّون الفاسد إلىٰ بايعه، ويلتزمون بما عداه، جرياً على العهد السّابق، والتزاماً بمؤدّاه، وليس ذلك عندهم عقداً جديداً وبناءً مستأنفاً، فكان ذلك مِنْ آثار العقد السّابق في نظرهم، فهو عندهم بمنزلة أنّ العقد وقع مِنْ أوّل الأمر على الجزء الصّحيح، وقد أمضى الشّارع هذا البناء علىٰ وفق ما هو ثابتٌ عندهم. ولعلّ السرّ في ذلك أنّ الأسباب الشرعيّة والعرفيّة نظير بعض الأسباب العقليّة مؤثّرات في كلّ جزء من مسبّباتها علىٰ سبيل الاستقلال، فلو لم يكن جزءً قابلاً للتأثير، لكانتْ مؤثّرةً فيما عداه، نظير الأزدراد حيث يؤثّر في كلّ جزءٍ قابل ممّا يُتمضّغ به.

وبما ذكرنا ظهر أنّ ما ذكره الشيخ ﷺ من أنّه لا مانع من جريان قاعدة الصحّة بل الّلزوم في العقود لا يخلو عن مسامحة، لأنّ الإشكال في المقام إنّما طَرَء من الشّك في وجود المقتضي، أعني نفس البيع، لا في طروّ المانع، فافهم[1].

---

١ ـ ولعلّ ما ذكر مرادُ مَنْ عَبّر بكونه بمنزلة البيوع المتعدّدة، وإلّا لكان الّلازم عليه أنْ يقول إنّه بيوعٌ عديدة عند الانحلال (منه رحمه الله).

وأُخرىٰ: بأنّ التّراضي الّذي هو شرطٌ في وجوب الوفاء ولزوم البيع، إنّما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشّارع، وامّا على الجزء مستقلّاً فَلَم يقع التراضي عليه أصلاً، فالحكم باللّزوم باطلٌ في البعض يحتاجُ إلى دليل شرعيّ مخصّص، لعموم ما دلّ علىٰ عدم حِلّ أكل مال الغير إلّا عن طيب نفسه.

والجواب عنها: بأنّ التراضي إنّما وقع علىٰ نقل الكلّ، الذي هو عبارةٌ عن الأجزاء المنضمّة، فكلٌّ من المتعاقدين راضٍ بنقل كلّ جزء منها بشرط انضمامه إلى الأجزاء الأُخر، ومعلوم أنّ شرط الإنضمام ليس من الشّروط الّتي هي ركن للمطلوب، بمعنىٰ أنّه ليس بحيثُ يَنتفي الرّضاء بنقل كلّ جزء بانتفاء هذا الشّرط، فالمقصود أوّلاً في المقام ونظائره، ممّا ليس الشّرط ركناً، هو نقل الأجزاء المنضمّة، وبعد تعذّر هذا الشّرط إلى نقل كلّ جزء مستقلّاً، فهو من قبيل تعدّد المطلوب، وبهذا صرّح الشّيخ‌ﷺ في مبحث فساد الشّرط من مكاسبه من أنّه غير موجبٍ لفساد العقد حيث قال:

«إنّ القيودات المأخوذة في المطلوبات العرفيّة والشرعيّة:

منها: ما هو ركنٌ للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً، وكون مطلوب المولىٰ إتيان تتن الشَّطَب لا الأصفر الصالح للنّارجيل، ومطلوبُ الشّارع الغَسَلُ بالماء لأجل التّنظيف للزّيارة، فانّ العُرف يحكمُ في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لإنتفاء هذه القيود، فلا يقومُ الحمارُ مقام العبد، ولا الأصفرُ مقام التّتن، ولا التّيمم مقام الغُسل.

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، والتّتن جَيّداً، والغُسل بماء الفرات، فانّ العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب.

والظّاهر أنّ الشّرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأوّل، فلا يُعدُّ التصرّف النّاشئ عن العقد ـ بعد فساد الشّرط ـ تصرّفاً لا عن تراض. نعم غاية الأمر أنّ

فوات الغير هنا موجبٌ للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء والشّرط الصّحيحين»[1]. انتهى موضع الحاجة.

ويكشف عن كونه من هذا القبيل، بناء أهل العرف، واستنادهم على الأخذ بالمعاملة السّابقة، وأنّ فساد البعض في نظرهم غيرُ موجبٍ لبطلان العقد كلّيةً وارتفاع أثره مطلقاً، مع أنّ الرّضا وطيب النّفس عندهم معتبرٌ مع قطع النّظر عن الشّرع، ألا ترىٰ أنّ مَنْ لم يتديّن منهم بشرعٍ أصلاً ـ كبعض طوائف الكفّار ـ ليس بنائهم على أكل مال غيرهم من دون رضائهم، فليس مسألة الطّيب إلّا امضاء ما عليه بنائهم، وتقريرهم علىٰ حكمهم بقبح الظّلم، وعلىٰ ذلك فالزام العقلاء في مسألتنا ببعض مقتضى العقد، مع اعتبار الرّضا عندهم، يكشفُ عن كفاية هذا المقدار من الرّضا في اللّزوم، وعن أنّ الرّضا ثابتٌ. نعم لو علم بتصريحه أو بقرينةٍ أُخرىٰ حال العقد أنّه لا يرضى إلّا بنقل المجموع مِنْ حيثُ هو يُشكل الأمر، بل يمكن الالتزام بالفساد ولا محذور، فتأمّل.



---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٨٨ سطر ٢١.

[الولاية على مال الصغير]

قولهﷺ : «**وفحوىٰ سلطنتهما علىٰ بُضْع البنت**».

أقول: يمكن منع دلالة الفحوىٰ، حيث لا داعي لهما في النّكـاح غـالباً عـلى الإقدام علىٰ خلاف مصلحة الطّفل، مع أنّ شفقة الأبوّة مانعةٌ عن إيقاعه في معرض الأذية، خصوصاً في البنت، حيثُ لا محيص لها عنها، بعدم القدرة عـلى الطّـلاق، وهذا بخلاف الأموال حيثُ أنّ الفاسق ربّما يلاحظ فيها مصلحة نفسه، فلا يقاسُ عليه، فضلاً عن دعوى الأولويّة، مع إمكان أنْ يُـقال إنّ أشـدّية الاهـتمام بأمـر النّكاح، مع كونه مطلوباً للشّارع غاية الطّلب، يقتضي نصب وليّ يباشره حينما وجد الكفو الصّالح، ويكون أشدُّ رأفةً ورحمةً من غيره، إذ ربّما لا يوجد الكفوء بعد الكِبَر، مثلما لو وُجد في حال الصّغر، وهذا بخلاف الأموال حيثُ الإكـثار فـيه مـطلوبٌ كمطلوبيّة النّكاح، فيمكن إهمال الأمر فيه وإيجاب حفظه، ولو لم يكن صلاحاً له في بعض الأحيان.

والحاصل: أنّ الأولويّة ممنوعة، لو لم يقتض ما ذكره وجهاً لها عدمها.

قوله‏ؒ : «فالمشهور عدم اعتبار العدالة، للأصل والإطلاقات»[١].

أقول: ليتَ شعري، ما الّذي أرادهؒ من الأصل؟

لأنّه إن كان المراد الأصل العملي، كما هو الظّاهر وإن كان مخالفاً لمذاقه، حيثُ أنّه يورد كثيراً ما علىٰ من يرادفه مع الدّليل، كما لايخفىٰ على المتتبّع في كلامه. فالجاري في المقام ليس إلّا حرمة التصرّف في مال الغير، فليقتصر في الخارج على القدر المتيقّن المأذون من الشّارع، وهو الواجد لهذا الشّرط، والفاقد له مشكوكٌ، ومقتضى القاعدة الحرمة.

وإنْ أراد منه العموم المستفاد من الإطلاقات، فلا وجه لانفراده بالذّكر، لأنّ ذكر الإطلاقات مغنٍ عنه.

وإن أراد الأصل الأوّلي أعني إباحة كلّ شيء، فمن المعلوم أنّه انقطع بالنّسبة إلى أموال الغير، وصار الأصل فيها الحرمة، كما لايخفىٰ.

نعم، يمكنُ إثبات المدّعىٰ بدعوى السّيرة القطعيّة المستمرّة من زمان النبيﷺ إلى زماننا هذا، علىٰ عدم بناء المجتهدين والعدول على تفتيش سلوك آباء الأيتام معهم، ومنعهم عن التصرّف في ماله، وجعله بمنزلة الأجنبي، حيثُ يثبت عدالته، بل لم يعهد إلى الآن عزل الأب عن مال طفله لفسقه، وما حكاه عن «الوسيلة» و«الإيضاح» من الاستحالة، ففيه منعها، بل نَدّعي أنّ الحكمة البالغة تقتضي أن تُنْصَبَ لمنْ لا يقدرُ على جلب نفعه ودفع ضرره قيّماً، يقوم بأمره، ويهتمّ به، ولا يتوانىٰ عنه، وليس ذلك إلّا أباه، لكونه أشفق به من كلّ أحدٍ، وأرغب بالإقدام علىٰ مشاقّ أمره، وجَعْلُ الأجنبي ناظراً عليه في أموره ـ ولو كان حاكماً ـ لعلّه منافٍ للحكمة، إذ دخل الأجنبي في الأمر ربّما يصير منشأً للمساهلة والكسالة والإخلال، فلا يعمل علىٰ وفق ما يؤدّي إليه نظره غالباً.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٥٢ سطر ٩.

نعم، لو ظهر عند الحاكم سلوكٌ علىٰ خلاف مصلحة الطّفل، أو علىٰ نحو يضرّه، على الخلاف في المسألة، كما سيتّضح إن شاء الله، فعليه منعه عن التصرّف الخاصّ، لا عزله مطلقاً.

وامّا آية الرّكون، فالنّظر في دلالتها ظاهرٌ، لأنّ الركّون إلى الظّالم امّا مجرّد الميل إليه، فلا ربط له بالمقام. وامّا الاعتماد وتفويض الأمر إليه، وجعله أميناً، فهذا تكليفٌ تحريميٌّ متعلّق بالعباد، ولا يدلّ على أنّ الشارع لا يجعل الأمر بيد الفاسق، بل يدلّ على عدم جواز إيكال المكلّفين الأمر بيده، فيدلّ علىٰ عدم جواز نصب الحاكم قيّماً ظالماً، لا أنّ الشّارع لا ينصبُ الفاسق.

اللّهم إلّا أن يقال، إنّا نعلم من النّهي كونه مشتملاً علىٰ مفسدة، فلا يصدرُ من الله تعالىٰ.

وفيه: أنّ في النّصب قد يكون مصلحةً راجحةً ـ كما في ما نحن فيه ـ واضرارُ بعضٍ في بعض المقامات غَيرُ مقتضٍ لحرمان الأيتام كلّيةً عن الإنتفاعات، كما لا يخفىٰ.

قولهﷺ: «**ويشهد للأخير اطلاق ما دلّ...**»[1] الخ.

أقول: التمسّك بهذه الأخبار، لجواز تصرّف الأب في مال الطّفل مطلقاً لا في صورة عدم المفسدة، بحيثُ يثبتُ له الولاية على الطّفل، الّتي هي أحد المناصب الشرعيّة، لا يخلو عن تأمّل، إذ الظاهر أنّها ليست في مقام بيان منصب الأب، بل هي مسوقةٌ لبيان معاملة الأب مع الابن في ماله لأجل التصرّف لنفسه، وأنّه يجوز للأب أكل مال الأبن والتصرّف فيه، وصرفه في عيشته، مِنْ غَير فرق بين الأب الكبير والصّغير، بل مورد الغالب منها خصوص الأوّل، وكيف كان فهي بين طائفتين:

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٥٢ سطر ١٥.

منها: ما يدلّ علىٰ جواز التصرّف في حاجته، بقدر ما يحتاج إليه، من غير سرف.

ومنها: ما يدلّ على أنّ مال الابن كلّه للأب، وأنّه بنفسه موهوب للأب.

فأمّا الطّائفة الأُولىٰ: فلا تدلّ علىٰ جواز التصرّف في مال الطّفل بغير ما يحتاج إليه، ولو كان صلاحاً للطّفل، فضلاً عن صورة عدم المصلحة، لأنّ غاية مدلولها كون الأب ممّن تجبُ نفقته على الأبن، وأنّه مأذونٌ مِنْ قِبَل الشّارع أنْ يأخذَ مِنْ مال الطّفل بقدر حاجته. ومعلومٌ أنّ هذه الطائفة أجنبيّة عن إثبات منصب الولاية.

وامّا الطّائفة الثانية: فهي أيضاً ليست في مقام إثبات الولاية، إلّا أنّها تدلّ علىٰ جواز التصرّف في مال الطفل مطلقاً، ولو في صورة المفسدة، ولكن لا لأجل كونه وليّاً، بل لأجل أنّ جواز التصرّف مطلقاً مِنْ آثار الملكيّة، فبعد إثبات كونه مملوكاً للأب يتبعه آثارها، ولا فرق في ذلك بين كون الابن صغيراً أو كبيراً.

وإذا عرفت ذلك، عَلِمْتَ أنّ هذه الأخبار بظاهرها غيرُ معمولٍ بها، إذ لم يقل أحدٌ بأنّ مال الابن ملكٌ للأب حقيقةً، وهو بمنزلة عبده لا يملك شيئاً، فلابدّ من أن تُصْرَفَ عن ظاهرها بحملها علىٰ مرتبةٍ من الاستيلاء والأولويّة، بحيثُ لا ينافي كونه مملوكاً للابن حقيقة، أو يُحمَلَ علىٰ ما هو المتعارف عند العُرف في الاستعمالات، حيثُ يقولون لأصدقائهم مراعاةً للآداب «أنا عبدك» و«ليس لي مالٌ بل كلّه مالك»، ولا يعنون بذلك حقيقته. فالإمامعليه السلام أشار بهذا الكلام إلى أنّه لا ينبغي للابن أن يُنازع الأب في ماله، ويعدَّ ماله ملكاً لنفسه مستقلّاً في عرض مال الأب، بحيثُ لا سلطنة للأب فيه، فالشّارع نبّه علىٰ أنّ الابن مع كونه موهوباً للأب، يُستهجن في نظر الشّارع اظهار كونه مالكاً، بل الحريّ إيكال الأمر إليه، وعدم معارضته فيما يميل، وأنّه يجبُ إطاعته فيما يريد.

إنْ قلتَ: هذا المقدار من الأولويّة والتّعارف يكفي في إثبات الولاية،

خصوصاً بملاحظة تقديم نكاح الجدّ على الأب، معلّلاً بكون الأب ومالَهُ للجدّ.

قلتُ: لو تَمَّ ما ذُكر لدلّ على الولاية في حال الكبر أيضاً، كما هو مورد الأخبار، وهي معلوم الانتفاء بالنّسبة إليها.

وتوهّم: تخصيصها بالصّغير.

مدفوع: بانّ سياقها آبٍ عن التّخصيص.

اللّهم إلّا أن يقال، إنّها تدلّ علىٰ كون الأب مختاراً في مال الطّفل ما دام الطّفل ممنوعاً عن التصرّف، عقلاً أو شرعاً.

والحاصل: أنّ هذه الأخبار تدلّ على أنّ أمر الابن موكولٌ إلى الأب، فما دام الابنُ ممنوعاً عن التصرّف، يَتَصرّفُ فيه الأب ولايةً عنه، وما دام مُتمكّناً من التصرّف يُباشر بنفسه، فالثّابت منها مرتبةً مِنَ الأولويّة متحقّقةً في جميع المراتب، سواء كان صغيراً أو كبيراً، ولكنّ هذه المرتبة تقتضي جواز التصرّف في مال الصّغير، ـ أعني غير المتمكّن من التصرّف ـ دون الكبير المتمكّن منه. وعلىٰ هذا فهي ساكتة عن بيان كيفية التصرّف، وشرائط الجواز، فلا يجوز التمسّكُ بها لإثبات الجواز في صورة عدم المفسدة مطلقاً كما لا يخفىٰ، بل لابدّ فيه من الاقتصار على القدر المتيقّن.

نعم، يمكنُ التمسّك في المقام ـ أعني إثبات الجواز ـ في صورة عدم المفسدة، بما دلّ علىٰ جواز التصرّف ما لم يكنُ مضارّاً، إذ الظّاهر منه كونه عليه السلام في مقام بيان شرائط جواز التصرّف، فالاقتصار علىٰ هذه الصّورة في الحكم بالفساد يدلّ على الصحّة عند انتفاء الاضرار، سواء كان مشتملاً على المصلحة أم لا.

ويمكن المناقشة فيه: بورود الإطلاق مورد الغالب، إذ الجدّ لو لم يقصد الإضرار لداعٍ من الدّواعي يكون مراعياً لمصلحة الطّفل غالباً، لغاية رأفته وشفقته، فالفرض الّذي لم يكنُ مضارّاً ولا بداعي مصلحة الطّفل فرضٌ نادرٌ ليس الإطلاق ناظراً إليه، فافهم.

قوله ﷺ : «ومِنْ أنَّ مقتضىٰ قوله تعالىٰ «وأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُم أولىٰ بِبَعْضٍ ...الخ»[١].

أقول: وجه الدّلالة أنّ المراد بـ«**بعضهم**» ليس البعض المعيّن، لعدم القرينة ولا الغير المعيّن، فلابدّ مِنْ حمله علىٰ كلّ بعضٍ، فيكون بمنزلة «أولوا الأرحام كلُّ بعضٍ منهم أولىٰ بكلّ بعض من غيرهم»، ويكون هذا الكلام نظير «المؤمنون بعضهم وليُّ بعض»، إذ معناه ولاية كلّ منهم علىٰ الآخر، فيما يحتاج إلى وليّ، إلّا أنّه لمّا علم مِنَ الآية أنّ مناط الولاية الرَّحِميّة، فكلُّ رحمٍ كانَ أقرب فالولاية له، فالآية بملاحظة المناط تدلّ علىٰ تقديم الأقرب، فافهم.



١ ـ كتاب المكاسب : ١٥٣ سطر ٣.

[ولاية عدول المؤمنين]

قوله‌ﷺ : «فانّ وجوب اصلاح مال اليتيم، ومراعاة غبطته، لا ترتفعُ عن الغير بمجرّد تصرّف الفاسق»[1].

أقول: ويدلّ علىٰ وجوب إصلاح مال اليتيم، ومراعاة غبطته في الجملة، قوله تعالىٰ: **﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾**[2] وقوله تعالىٰ: **﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾**[3].

وامّا دلالتها علىٰ ما ذكرنا، خصوصاً الآية الأخيرة منها فواضحة، ولكنّ توجّهها بالنّسبة إلى كلّ أحد، حتّىٰ من ليس مبتلىً بأموال اليتامىٰ في محلّ المنع، لأنّ الظّاهر من الآية الأُولىٰ أنّها مسوقة لبيان تكليف المتعرّضين لأُمور الأيتام، وأنّ مَنْ تصدّىٰ أمر اليتيم فعليه إصلاح ماله ومراعاة حاله، ولا دلالة لها علىٰ وجوب التصدّي علىٰ كلّ أحدٍ، حتّىٰ يجب عليه الإصلاح.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٥٦ سطر ٢٤.

٢ ـ سورة البقرة: آية ٢٢٠.

٣ ـ سورة الانعام: آية ١٥٢.

وكذلك الثانية، حيثُ أنّها مسوّقة لنهي المباشرين لأموال اليتامىٰ عن تصرّفهم علىٰ وجه غير أحسن، وهي لا تدلّ علىٰ وجوب التصرّف على المباشرين، فضلاً عن غيرهم، لأنّ غاية مدلولها حرمة التصرّفات التي ليس بأحسن، وامّا وجوب التصرّفات الّتي هي أحسن فلا.

نعم، تدلّ على أنّ شرط جواز التصرّف كون التصرّف أحسن، فمراعاة الأحسنيّة حال التصرّف واجبٌ، إذ بدونها ينفي الجواز، وهذا هو المراد بالإصلاح، فالآية لا تدلّ إلّا علىٰ وجوب الإصلاح على المتصدّين لأمر اليتيم، حال اختيارهم التصرّف في ماله.

نعم لو قلنا: بأنّ ترك التصرّف منهم أيضاً تصرّفٌ، كما هو بعض المحتملات الّتي ذكرها المصنّف، عم الوجوب لحال الترّك أيضاً.

وكيف كان، فالآية غير متوجّهة علىٰ غير المباشرين لأموال اليتامىٰ ولا يبتلي بها أصلاً، لأنّ نهيه مستهجنٌ عرفاً، وإذا لم يتوجّه النّهي إليه كيف يُستفاد من الآية وجوب الإصلاح عليه؟

والحاصل: أنّ الآيتين غير ناهضتين علىٰ إثبات وجوب الإصلاح علىٰ كلّ أحد، نعم يجب على المسلمين من باب الحِسْبَة كفايةً القيام بأمره، ما لم يكن له وليّ أو قيّمٌ، وكفاك في ذلك دليلاً قوله ﷺ **«عَونُ الضَّعيف أفْضَلُ الصَّدقات»**[1]، ومعلوم أنّ الحاجة إلى المعاونة والاتّصاف بالضّعف، ما لم يقم بأمره قائمٌ، وامّا بعد قيامه فلا، وبعد القيام يتحقّق موضوع وجوب الإصلاح، فيجبُ على هذا القائم فقط مراعاة الحال، والإعانة الواجبة بحكم العقل والنّقل المسبّب وجوبها عن الضّعف، ليس إلّا حفظ نفس الضّعيف وأمواله عن التّلف والضّياع، ومعلومٌ أنّ وجوب الحفظ إنّما هو بعد إحراز كونه ضعيفاً، وأنّ نفسه وماله في عُرْضَة التّلف والضّياع، وامّا ما لم

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج١٦ باب ١ ص٢٨٥.

يَحرز ذلك، فلا يعلم بتوجّه الخطاب إليه.

ويتفرّع على ذلك أنّه لو وجد مال اليتيم في يد مَنْ هو مجهول الحال القائم بأمره، لايجبُ تفتيش حاله مِنْ أنّه فاسقٌ أو عادلٌ[١].

وهذا بخلاف ما يظهر من المصنّف ﷺ حيثُ أنّ مقتضىٰ كلامه وجوب التّفتيش حتىٰ يقطع بفراغ الذمّة، إذ كما أنّ التّكليف الثّابت لا يرتفع بمجرّد تصرّف الفاسق، كذلك لا يرتفع بمجرّد تصرّف مِنْ هو مجهول الحال، بل الارتفاع بقيام العادل أيضاً لا يخلو عن تأمّل، إذ لا منافاة بين كونه عادلاً، وأنّ التصرّف علىٰ خلاف المصلحة في الواقع. غاية الأمر أنّه بمقتضىٰ عدالته يتخيّل كونه ذا مصلحة، ومعلوم أنّ هذا القيام غير مقتضٍ لرفع التّكليف المنجّز.

اللّهم إلّا أن يتمسّك هنا بالسّيرة وغيره.

والحاصل: أنّ الشكّ في كون المال في عُرضة التّلف، يكفي في نفي التّكليف، كما لو شُكّ في أصل وجود اليتيم، وكما لايجبُ الفحص هناك، لايجبُ الفحص هنا، لاتّحاد المناط، وهذا بخلاف ما لو كان في يد فاسقٍ فانّ مقتضىٰ ما ذكرنا وجوب مراقبته، أو أخذه منه، لكونه في معرض الضّياع، لأنّ نفس وجود المال عند مَنْ لا يُبالي بدينه، في معرض التّلف، وامّا مجهول الحال، فلاحتمال كونه عادلاً، يُشكّ كونه في معرض الضّياع، لأنّه علىٰ فرض عدالته ثقة مأمون.

ثمّ أنّ بعد مطالبة العادل المال من الفاسق، هل عَلى الفاسق إجابته أم لا؟

---

١ ـ ويؤيّد الفرع المذكور، ما استقرّت عليه السّيرة مِنْ عدم تفتيش العلماء والعدول حال القائمين بأمر الطفل، لو جهل حالهم، ويكشف عن تحقّق السيرة أنّا ما سمعنا بهذا ولا رأينا إلّا عن بعض المتلبّسين بلباس العلماء، الّذين يريدون أنْ يأكلوا أموال اليتامىٰ ظُلماً، وليس لهم مستندٌ يتشبّثون به لدفع إيراد العوام، يفتّشون عن عيوب النّاس كي يُظهر لهم فسقهم، ويستندون إليه أخذهم ثم يأكلونه «إنّما يأكلون في بطونهم ناراً»، ولعلّهم يقنعون في هذا المقام بأدنىٰ فسق ولو صغيرة، أعاذنا الله وجميع المسلمين من تسويلات النّفس ومتابعة الهوىٰ (منه رحمه الله).

وجهان:

من أنّه كالعادل، أحدُ الأشخاص الّتي يجب عليها القيام بذلك المعروف كفايةً، فيقوم بأمره، ويعمل علىٰ وفق مصلحته، لو كان مطمئناً من نفسه في حفظه. نعم يجب عليه دفعه إلى العادل، لو لم يطمئنّ من نفسه. غاية الأمر أنّه يجب على العادل من حيثُ تكليف نفسه مراقبته اداءً لتكليفه.

ومن أنّ الأمر بالمراقبة حَرَجٌ على العادل، منفيٌّ في الشّريعة، وابقائه تحت يد الفاسق في معرض الضّياع.

* * *

[في بيان قاعدة حمل فعل المسلم على الصّحة]

قوله ؒ : «**ولا يُجْدي هنا حَمْلُ فِعل المُسلم على الصَّحيح...**»[1] الخ.

أقول: تحقيق المقام يحتاج إلى تنقيح مجرى القاعدة.

فنقول: هذه القاعدة بحسب الظّاهر من القواعد المسلّمة، ولكن لم نجد لهذه القاعدة مِنَ الأخبار مَدْركاً صحيحاً حتّىٰ يُبحثَ ويبيّن مقدار مدلولها، وما ذكروه مدركاً مِنْ نحو «**إحْمل فعل أخيك على أحسنه**»[2]، و«**لا تظنّن بأخيك السوء**» وغير ذلك، غيرُ ناهضٍ لإثبات ما نحن بصدده، كما لا يخفىٰ على المتأمّل، فالعمدة في المدرك، بحيثُ يصحّ الرّكون إليه، هو الإجماع والسّيرة القطعيّة، وأنّه «**لولا ذلك لم يقم للمسلمين سوقٌ**»[3] وأنّ نفيها موجب لاختلال نظامهم.

وليعلم أوّلاً: أنّ مجرىٰ هذه القاعدة ليس خصوص فعل المسلم، بل أنّها كما تجري في فعل المسلم، كذلك تجري في فعل كلّ عاقلٍ شاعرٍ كان بصدد إيجاد فعل

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٥٦ سطر ٢٤.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج١٢ باب ١٦١ ص٣٠٢ وفيه: «ضع أمر أخيك...».

٣ ـ وسائل الشيعة: ج٢٧ باب ٢٥ ص٢٩٢.

صحيح، ويرشد إلى ذلك استدلال بعضٍ مِنْ أنّ الظّاهر من حال العاقل الشّاعر أن يُوجِدَ الفعل صحيحاً، فهي من باب تقديم الظّاهر على الأصل.

وهذا بحسب الظّاهر ممّا لا إشكال فيه، بلا خلاف بين العلماء، بل العقلاء في ذلك ألا ترىٰ أنّه لو تنازع الكافران، أو مسلمٌ وكافر في صحّة العقد الصّادر عنهما، يُقدّم قول مدّعي الصحّة.

نعم، لو قلنا بتماميّة بعض الأخبار المذكورة في هذا الباب، لا يثبتُ به إلّا جريانها في فعل المسلم، فيحتاجُ حينئذٍ لإثباته في غيره إلى غيرها، ولعلّ ـ هذا أعني إيراد خصوص لفظ «المسلم» أو «الأخ» في الأخبار ـ هو النكتة في تعبير العلماء رضوان الله عليهم بفعل المسلم، مع أنّ المجرىٰ عندهم أعمّ، أو أنّ الغالب ابتلاء المسلم بأفعال المسلمين دون غيرهم.

وكيف كان، فليس المهمّ علينا التّعرّض لبيان ذلك، بعد وضوح المدّعىٰ إنّما المهمّ تشخيص مجاريها، بحيثُ يُرجَعُ إليه عند الشكّ، لأنّ كلمات العلماء الّتي هي العمدة في الباب في غاية الاضطراب، ألا ترى أنّهم يقولون فيما لو زوّج المدّعي امرءً وباع داراً وغير ذلك، لو أنكر الموكّل الإذن يُقدَّمُ قول الموكّل، لأنّ الأصل عدمه، مع أنّ مقتضىٰ صحّة العقد تقديم قول الوكيل، وكذا غيرها من الموارد الّتي يجدها المتتبّع، فاللّازم حينئذٍ هو التتبّع التّام في كلمات علمائنا قدّس الله أسرارهم، حتّىٰ يظهر من اجرائهم لهذا الأصل في الموارد الجزئيّة ضابطة تكون هي المعتمد عليها في تشخيص الصّغريات.

والّذي يقتضيه التدبّر والإنصاف انّ القدر المتيقّن منها ـ بحيثُ يُساعد عليه كلمات العلماء، بل لا نظنّ ثبوت أزيد من ذلك، ولو بعد الفحص والبحث ـ هو أنّ كلّ فعلٍ يكون في نوعه فردان صحيحٌ وفاسدٌ، ويكون محتملاً لأن يكون ذلك هو الفرد الصحيح إذا صدر من عاقلٍ شاعرٍ، فليحمل على الفرد الصّحيح، بمعنىٰ أنّه يترتّب علىٰ ذلك الفرد الآثار المجعولة شرعاً للفرد الصّحيح، مِنْ حيثُ انّه فعلٌ

صحيحٌ، ولا يثبت به موضوعٌ آخر مطلقاً، سواء كان ذلك الموضوع شرطاً لصحّة ذلك الفعل أو فعل آخر أو شرطاً، لترتّب أثرٌ علىٰ ذلك الفعل الصّحيح، ومعلوم أنّ صحّة كلّ شيء بحسبه، فصحّة الإيجاب عبارةٌ عن كونه قابلاً لصيرورته جزءً للعقد الصحيح، بمعنى أنّه لو انضمّ إليه القبول لأثّر العقد أثره، وكذا صحّة العقد في بيع الصّرف عبارةٌ عن أنّه لو تعقّبه القبض في المجلس لحصل انتقال كلّ من العوضين إلى ملك الآخر، فمجرّد الحمل على الصّحيح لا يُحكم بحصول الانتقال.

نعم، يُحكم ذلك لو أجرينا الأصل في نفس المعاملة الخارجية دون العقد، فافهم، نظير صحّة الأجزاء والشّرائط في العبادات، فاللّازم حينئذٍ مراعاة ذلك الأثر المقصود ترتيبه، فإنْ كانَ مُترتّباً علىٰ نفس هذا الفعل، مِنْ حيثُ كونه صحيحاً، يترتّب عليه، وإنْ كان موقوفاً على إحراز عنوان آخر وراء صحّة ذلك الفعل، فلا يترتّب عليه، ولو كان ذلك شرطاً للصحّة، مثلاً جواز اقتداء المأموم فرع صحّة صلاة الإمام، فلو شكّ في صحّتها، لأجل كونها جامعة للشّرائط أو فاقدة لها، يَحمله على الفرد الصّحيح، فيرتّب عليه جواز الاقتداء، ولكنّه لا يثبتُ بذلك عناوين الشّرائط المشكوكة، فلو كان لإحراز نفس العنوان مدخلية لجواز الاقتداء، كما لو قلنا بأنّ جواز الاقتداء يتوقّفُ على احراز كون الإمام مُتطهّراً، فما لم يُحْرَزْ لا يجوزُ الاقتداء، وإن كان مستحقّاً للأجرة ـ لو كان أجيراً ـ أو كان ذلك العنوان موضوعاً لحكم آخر ـ كما لو نذر أن يعطي مَنْ صَلّىٰ مُتطهّراً درهماً ـ فلا تبرء ذمّته باعطائه مَنْ صَلّى وهو شاكٌّ في كونه كذلك، بمجرّد أصالة الصحّة، أو كون الشّرط شرطاً لصلاة المأموم أيضاً كالقبلة، فيحمل فعله على الصّحيح، لا يُحرز كون الجهة الّتي توجّه إليها امامه قبلةً، لو كانت مشكوكة حتّىٰ يجوز له التوجّه إليها كإمامه.

وبما ذكرنا ظهر وجه تقديم قول المالك لو أنكر الإذن، إذ باجراء أصل الصحّة في فعل الوكيل لا يَحرز عنوان الوكالة، وكونه مأذوناً من المالك، إذ ليس الأذنُ مِنْ آثار الصحّة، بل الصحّة مسبّبة عنها، ومن البيّن أنّ صحّة فعل الوكيل مِنْ حيثُ هو

فعله لا يترتّب عليه أثرٌ لفعل الغير بالنّسبة إلى انتقال مال أحدٍ، بل الإنتقال لابدّ إمّا أنْ يكون بفعل المالك أو القائم مقامه. وقد عرفت مراراً أنّ الأصل غير مثبتٍ لارتباط العقد إلى المالك.

نعم، لو ادّعى المشتري انتفاء الاذن، لا يُسمع بل يُقدّم قول مدّعي الصحّة، لأنّ صحّة الشّراء مِنْ آثار جواز تصرّف الوكيل وصحّته، ولا يحتاج في ذلك إلى إحراز عنوان الاذن، لأنّ صحّة المبادلة الصّادرة عن المتبايعين معناها أنّ انتقال كلّ من البدلين إلىٰ مكان الآخر ممضىً ونافذٌ شرعاً، ولا يحتاج ذلك إلى إحراز عنوان آخر أصلاً.

نعم، صحّتها مشروطةٌ بكونه مأذوناً من المالك كسائر الشّرائط المعتبرة في الفعل الصّحيح كالوضوء للصّلاة، ولكن ليس إحراز العنوان مِنْ حيثُ هو معتبرٌ.

اللّهمّ إلّا أنْ يقال: إنّ جواز الشّراء فرع إحراز كون البائع مالكاً أو مأذوناً من المالك، وكونه راضياً بذلك، إذ لا يَحلُّ مال امرءٍ إلّا عن طيب نفسه، فلابدّ من إحراز طيب نفس المالك، وكذا ارضاء المالك. وبعدما بيّنا أنّه لا يُحرَزُ العنوان بالأصل، فالأصلُ عدمه[1].

ويمكن أنْ يُتمسّك لإثبات كلا شقّي هذه المسألة بوجه آخر وهو أنْ يقال: بأنّ المشتري لو ادّعىٰ انتفاء الاذن، ليس ناظراً إلّا إلى إبطال العقد، مستنداً إلى انتفاء الشّرط، فحلّ النزاع أوّلاً وبالذّات ليس إلّا في أنّ العقد هل وقع صحيحاً أم باطلاً، ومن البيّن أنّه يُقدّم علىٰ ذلك قول مدّعي الصحّة، وهذا بخلاف ما لو أنكر المالك الاذن، فانّ النّزاع أوّلاً وبالذّات في أنّ الوكيل هل كان مأذوناً في التصرّف أم لا وليس العقد ملحوظاً عندهم حتّىٰ يدّعىٰ صحّته أو فساده ويقدّم قول مدّعي

---

١ ـ ولكنّ الإنصاف أنّ ذلك خلاف ما يقتضيه التأمّل، ويرشدُ إلى ذلك الحكم بالصحّة في مسألة الفضولي، وانّه لازم مِنْ طرف الأصيل. ومن المعلوم أنّ المشتري فيما نحن فيه لا يقصر حاله عن حال الأصيل مع الفضولي، فتأمل (منه رحمه لله).

الصحّة، لأنّ التّقديم إنّما هو فيما كان النّزاع في الصحّة والفساد.

وامّا لو كان النّزاع في شيء آخر، بحيثُ يترتّب عليه الفساد أو الصحّة فلا.

واعلم أنّا ذكرنا في صدر المبحث أنّه لابدّ أنْ يكون الفعل الّذي يُحمل على الصّحيح، في نفسه صالحاً لأن يُتّصف بكلّ من الوصفين، وذلك للاحتراز عن مثل الغسل والاصلاح، لأنّ الشكّ فيهما ليس إلّا في أصل وجودهما، لا وجودهما على الوجه الصّحيح. نعم لو اعتبر الشّارع في تأثيره شرائط، كأن يكون الغَسل مرّتين أو يكون علىٰ نحو خاصٍّ، يُحمل على الصّحيح لو أحرز كونه قاصداً لإيجاد الغُسل الشّرعي.

وهنا فروع:

منها: مَنْ لا يقدر على الوضوء، لا يُحكم بأصالة صحّة وضوء الغير له أنّه متطهّرٌ وأنّ ذمّته فارغة عن التكليف بالوضوء. نعم يستحقّ الغير الأُجرة، هذا إذا قلنا بأنّ تكليف العاجز هو التّطهير بالتّسبيب.

وامّا إذا قلنا بأنّ تكليف العاجز ليس إلّا الاستنابة، وأنّ تكليف النّائب إيجاد الوضوء الصّحيح له، يبرء ذمّته بذلك بعد إحراز كونه في مقام اداء تكليفه، وليس عليه حينئذٍ إحراز شرائط الوضوء من الموالات والتّرتيب وغير ذلك.

ومنها: أنّه لا تبرء ذمّة المنوب عنه بفعل النّائب الفاسق، ما لم يعلم كون الفعل بعنوان النّيابة، ولو أخبر بقصده، لأنّ اخباره غيرُ معتبر شرعاً.

نعم يستحقّ الأُجرة بالفعل لو ادّعىٰ كونه بقصد النّيابة.

ومنها: أنّه لو صَلّىٰ فاسقٌ صلاة الميّت يسقط عن الغير وجوبه، بحمل فعله على الصّحيح بعد إحراز أصل الصّلاة، وامّا لو شكّ في كونه مُصلّياً أو مستهزءً أو موجداً لصورة الصّلاة لغرضٍ مِنَ الأغراض كتعليم الأطفال وغيرُ ذلك، فلا يُحمل إلّا علىٰ عدم كونه محرّماً، ولا يسقط بذلك التّكليف عن أحدٍ، وفي قبول قوله لو أخبر بكونه مصلّياً إشكالٌ.

ومنها: أنّه لو سمع مِنْ أحدٍ كلاماً لا يدري أنّه تحيّةٌ أو فحشٌ، لا يثبت وجوب ردّها، لأجل حمله على الصّحيح.

إذا عرفت ما ذكرنا، ظَهَر لك حُكم ما كنّا بصدده مِنْ أنّه إن قلنا بأنّ المكلّف بالإصلاح ليس إلّا من يباشر مال اليتيم ويُراعي حاله ـ كما قوّيناه سابقاً ـ وانّه كلّما ساغ البيع جاز الشّراء، فلا تأمّل في احراز الشّرط، بحمل فعله على الصّحيح، إذ ليس المشتري علىٰ هذا التّقدير مُكلّفاً بالإصلاح[1]، وكونه مكلّفاً بعدم تمكين الفاسق من التصرّف غَيرُ مقتضٍ لإبطال تصرّفه، وإنّما يقتضي ذلك عدم جواز اداء ثمنه إليه.

وامّا إذا قلنا بأنّه لا يجوز الشّراء إلّا إذا أحرز كونه صلاحاً، أو كون البيع ممّن هو قائمٌ شرعاً مقام المالك، أو غير ذلك من العناوين، فلا يصحّ الشّراء منه، بل مِن المجهول الحال أيضاً، لما عرفت مراراً أنّه لا يُحرزُ بأصل الصحّة عنواناً من العناوين.

ومثلُ ما نحن فيه بيع الوقف، والمعاملة مع مَنْ شُكّ في بلوغه فانّه إنْ قلنا بأنّه يجب على المشتري في إحراز كون البيع من الصّور المستثنيات، وكذا كون البايع بالغاً، لا يحرز بأصل الصحّة شيئاً منهما.

وإنْ قلنا بأنّ جواز الشّراء فرع صحّة البيع، فلا مانع من جريان الأصل، لإحراز صحّة الشّراء.

والمعيار في وجوب إحراز شيء من العناوين على المشتري، أو البايع، أو غيرهما ممّن يبتلىٰ بشيء ممّا في يدهما من الثّمن والمثمن، هو ما يستفاد من أدلّة جواز ذلك الفعل، فافهم وتأمّل فانّ المقام من المهمّات.

قولهﷺ: «نعم، يَظهرُ مِنْ بعض الرّوايات أنّ مناط حُرمة التصرّف هو

---

١ ـ وتوهّم كونه كالبايع متصرّفاً في مال اليتيم مدفوعٌ بأنّ تصرّف المشتري إنّما هو في ملكه لا في ملك البايع (منه رحمه الله).

الضّرر، لا أنّ مناط الجواز هو النفع»[١].

أقول: غاية ما يستفاد من الرّوايات، جواز التصرّف في مال اليتيم فيما يتوقّف المخالطة عرفاً عليه في صورة عدم الضّرر، ولا يلزم مراعاة المصلحة في ذلك، فهذا التّعميم انّما هو للمخالطين المحشورين مع الأيتام، وامّا جوازه لغيرهم في صورة عدم المصلحة، فإثباته من الأخبار لا يخلو عن تأمّل، وكذا في غير ما يتوقّف المخالطة عليه.



---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٥٧ سطر ٣٤.

[في احكام الأراضي]

قولهﷺ: «**نعم أبيح التصرّف فيها بالأحياء بلا عوض...**»[1] الخ.

أقول: هذا الحكم، أعني سببيّة الأحياء لإباحة التصرّف، بل لحصول الملكيّة في الجملة، ممّا لا إشكال فيه، بل الإجماع عليه علىٰ ما حكي، مضافاً إلى النّصوص المستفيضة، لو لم تكن متواترة الدّلالة على أنّ «**مَنْ أحيى أرضاً ميّتة فهي له**»[2].

أنّما الإشكال في أنّ الأحياء هل هو سببٌ تامّ بحيثُ لا يتوقّف حصول الملكيّة إلّا عليه، أو هو كسائر الأسباب الشرعيّة مثل البيع والصّلح والهبة وغير ذلك يتوقّف تأثيرها علىٰ طيب نفس مالكها، وبعدما عرفت عدم الخلاف في كونها ملكاً للإمام عليه السلام، واستفاضة دعوى الإجماع علىٰ ذلك؟

لايخفىٰ عليك أنّ الحكم بكون الإحياء سبباً تامّاً منافٍ لأدلّة الطّيب وسلطنة النّاس علىٰ أموالهم، فرفع اليد عن هذه الأدلّة مشكلٌ، وتقييد أدلّة الاحياء وإثبات

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦١ سطر ١٧.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ٢ ص ٤١٣.

صدور الاذن عنهم عليهم السلام بحيثُ يشمل المخالف أشكل، مع أنّ النّسبة بين الطّائفتين من الأخبار عمومٌ من وجه، فتقديم أحدهما على الآخر لابدّ له من مُرجّحٍ، والإلتجاء بفهم الأصحاب رضوان الله عليهم غَيرُ مغنٍ في المقام، حيثُ أنّ كلماتهم مضطربة:

فانّ منهم مَنْ التزم باعتبار الإذن مطلقاً، وادّعىٰ صدوره عنهم عليهم السلام .

ومنهم من نصّ على إلغاء اعتبار الاذن في زمان الغيبة، ولعلّ هذا هو المشهور بينهم، بل إدُّعي الإجماع عليه مَنْ غَير واحد، وامّا اعتباره في زمان الحضور، فالظّاهر انّه إجماعي.

وعلىٰ هذا فيشكل التّوفيق بفهم كلماتهم أيضاً، لأنّه إنْ قدّمنا أدلّة الطّيب فلا وجه لإلغاء الاذن في زمان الغيبة، وإن قدّمنا أدلّة الإحياء وظهورها في السببيّة التّامة، فلا وجه لاعتباره في زمان الحضور.

ولنذكر أوّلاً شطراً من الأخبار الدالّة علىٰ كون الاحياء سبباً للملك، ثُمَّ نتكلّم في الجمع بينهما وبين أدلّة الطّيب:

منها: ما عن طرق العامّة، عن سعيدُ بن زيد أنّ النبيّ صلّى الله عليه وآله قال: «من أحيى أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حقّ»[1]. ومنها: بطرقهم أيضاً عن عائشة قالت: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «مَنْ أحيىٰ أرضاً لَيْسَتْ لأحدٍ فهو أحقُّ بها»[2].

ومنها: أيضاً عن سَمُرة قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «مَنْ أحاط حائطاً على أرضٍ فهي له»[3].

ومن طرق الخاصّة: ما رواه محمّد بن مسلم في الصّحيح عن الباقر عليه السلام: «أيّما قوم أحيوا ميتاً من الأرض أو عمّروها فهم أحقُّ بها وهي لهم»[4].

---

١ ـ السنن الكبرىٰ: ٦ / ١٤٣.

٢ ـ السنن الكبرىٰ: ٦ / ١٤٧.

٣ ـ السنن الكبرىٰ: ٦ / ١٤٨.

٤ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ١ ص ٤١٢. وفيه: «أحيوا شيئاً...».

وعن السّكوني عن الصّادقعليه السلام قال قال رسول اللهصلى الله عليه وآله: «مَنْ غَرَس شجراً، وحَفَر بئراً وادياً بدياً لم يَسبقُه أحدٌ إليه، أو أحيا أرضاً مَيتةً فهي له قضاءً مِنَ الله عزّوجلّ ورسوله»(١).

وفي الحسن، عن زرارة ومحمّد بن مسلم وأبي بصير، وفضيل وبُكير وحَمران وعبدالرّحمن، عن أبي عبداللهعليه السلام قال قال رسول اللهصلى الله عليه وآله: «مَنْ أحيىٰ مَواتاً فـهي له»(٢).

هذه جملة من الأخبار ظاهرة في كون الأحياء سبباً تامّاً للملكيّة، مِنْ غـير توقّفه على أمر آخر.

ويظهر من المحكيّ عن العلّامة «أعلىٰ الله مقامه» تسليم الظّهور، ولكن صرفها إلى ما لم تكن الأرض الموات لأحدٍ بقرينة بعض الأخبار المـقيّدة حـيث قـال في «التّذكرة»:

«وقال الشّافعي إحياء الموات لا يفتقرُ إلى اذن الإمام، وبه قال أبو يـوسف ومحمّد لظاهر قولهعليه السلام «مَنْ أحيىٰ أرضاً ميّتةً فهي له»، ولأنّ هذه عين صاحبه فلا يفتقر الى إذن الإمامعليه السلام كالاحتطاب والاحتشاش، والخبرُ مـقيّدٌ بـغير المـملوك لقولهعليه السلام في رواية أُخرىٰ «من أحيىٰ أرضاً ميتة ليست لأحد»، وفي أُخرىٰ في حق غير مسلمٍ وذلك يوجبُ تقييد مطلق حديثه.

وعندنا انّ الموات للإمامعليه السلام فافتقر إلى اذنهعليه السلام» انتهىٰ.

أقول: ولعمري أنّ هذا التّقييد مطلقاً، حتّىٰ بالنّسبة إلى الموات الأصلي الذي هو ملكٌ للإمامعليه السلام مستهجنٌ عرفاً، إذ بعد تسليم عدم تحـقّق مـواتٍ بـلا مـالك، يستلزمُ لغوية هذه الأخبار الكثيرة، لخلوّها عن المورد، بل اللّازم حمل الأخـبار

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ١ ص٤١٣.
٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ١ ص٤١٢.

المقيّدة ـ لو صحّت ـ على الموات بالعَرَض، بل هذه الأخبار أيضاً بنفسها تشهدُ علىٰ هذا الحمل، لظهورها في وجود مصاديق في الخارج يتعلّق بها حقٌّ أحدٍ، فيكون الإحياءُ فيها سبباً تامّاً، وهذا منافٍ لما ذهبنا إليه، ومقتضاه خلوّ هذه الأخبار أيضاً عن المورد.

والذي يظهر في نفسي أظهريّة هذه الأخبار في سببيّة الاحياء للملكيّة في الموات بالأصالة مِنْ مطلقاتها، فبعد ما ثبت مِنْ نصّ أو إجماع أنّ الموات بالأصالة مِلْكُ الإمامعليه‌السلام يتعيّن صرف التّقييد إلىٰ غيرها، والالتزام بكون الإحياء سبباً تامّاً في الموات الأصلي، ولو كان ملكاً للإمامعليه‌السلام، قضاءٌ من الله ورسوله. فالّلازم حينئذٍ بمقتضىٰ هذه الأخبار امّا الالتزام بثبوت الاذن منهمعليهم‌السلام واقعاً لكلّ أحدٍ، بحيثُ لا يتوقّف الاحياء بعد ذلك علىٰ كلّ شيء، ويكون مؤثّراً متىٰ تحقّق.

أو دعوىٰ سقوط اذنهمعليهم‌السلام.

هذا ما يقتضيه التأمّل في أخبار الباب.

وامّا معارضتها لأخبار الطّيب وسلطنة النّاس على أموالهم، فالأقوىٰ أيضاً تقديمها عليها، وإن كانت النّسبة بينهما عموماً من وجه، لأظهريّتها في المدّعىٰ، أعني كون الاحياء سبباً تامّاً، خصوصاً بملاحظة كثرتها وصدورها عنهمعليهم‌السلام مِنْ غير تقييد، وإنْ كانت تلك معتضدةً بحكم العقل، أعني قبح التصرّف في مال الغير مِنْ دون رضاه، لأنّ حُكم العقل تعليقيٌّ منوطٌ بعدم ترخيص السّلطان الحقيقي والمالك على الإطلاق، فمتىٰ قضىٰ اللهُ تبارك وتعالىٰ بالجواز يرتفع حكم العقل، كأكل واجب النّفقة مالَ مَنْ يجبُ إنفاقه عليه، والمارّ لما هو علىٰ طريقه.

ولا يخفىٰ عليك أنّه لا يقاس ذلك على أدلّة سائر الأسباب كقوله تعالىٰ: ﴿**أحلّ اللهُ البيع**﴾ وغيرها مِنْ حيثُ تقديم أدلّة الطّيب عليها، إذ لا ظهور لها في كونها سبباً تامّاً بحيثُ يصادم ظهور أدلّة الطّيب، وهذا بخلاف ما نحن فيه،

ضرورة قضيّة الشرطيّة لذلك، مضافاً إلى القرائن الّتي أومأنا إلى بعضها، فافهم وتأمّل.

ويحتمل قويّاً استظهار الاذن منهمعليهم السلام في إحياء الأرض مِنْ هذه الأخبار الصّادرة عنهمعليهم السلام، وعدم رضاهم ببقاء الأرض مخروبة للمخالفين، كما قوّاه بعض متأخّري المتأخرين، بل ربّما نُسب إلى شيخ مشايخنا المرتضىٰ قدّس الله نفسه الزكيّة الطّاهرة، إلّا أنّه يبعده تصريح كثيرٌ، بحيثُ اِدّعى الإجماع عليه بعدم جواز الاحياء، إلّا مع الاذن في زمان الحضور، وعدم توقّفه عليه في زمان الغيبة، لأنّ مرادهم إنْ كان توقّفه على اذنٍ خاصٍّ مغايرٍ لهذا الاذن فلا وجه لاعتباره، وإنْ كانَ مطلق الإذن فهو حاصلٌ، ولا وجه للفرق بين الزّمانين لايخفىٰ.

الّلهمّ إلّا أن يُدّعىٰ اعتبار الاذن الخاصّ في زمان الحضور، زائداً على هذا الاذن، وهو بعيد في الغاية.

نعم، يمكن دعوى استفادة الاذن منها بالنّسبة إلىٰ زمان الغيبة، وعدم التمكّن من الوصول إلى الإمامعليه السلام، بتقريب أنْ يقال:

إنّ المستفاد منها كون الإحياء محبوباً لهم، وراضياً بفعله مطلقاً، ما لم يتمكّن المُحيي من الاستيذان منهم، لعلمهمعليهم السلام بأنّ زمان قصور اليد والغيبة أطول بمراتب مِنْ زمان الحضور وبسط يد الإمامعليه السلام، بحيثُ يتمكّن كلُّ أحدٍ مِنَ الاستيذان منهمعليهم السلام، فمقتضىٰ إطلاق الكلام، ومحبوبيّة الاحياء مطلقاً، ثبوت الاذن، وتحقّق الطّيب بالنّسبة إلى هذا الزّمان الطّويل علىٰ فرض اشتراط الاذن.

وهذا بخلاف زمان الحضور، فانّ المحبوبيّة المطلقة غيرُ منافيةٍ لتعليق الإباحة علىٰ شرطٍ ممكن الحصول. وكذا الإطلاق غير مستهجنٍ حينئذٍ، حيثُ أنّ التّقييد منحصرٌ في زمان الحضور. وامّا بالنّسبة إلى زمان الغيبة وإن كانْ مشروطاً أيضاً، إلّا أنّ وجود الشرط يُخرِجُ الإطلاق عن الاستهجان العرفيّ، فافهم وتأمّل فانّ المقام حريّ كذلك.

ثمّ أنّا لو قلنا بتكافؤهما مِنْ حيثُ الظّهور، وعدم استفادة الاذن منها، فالظّاهر أيضاً ترجيحها في مورد التّعارض، بفهم الأصحاب، وذهاب المشهور إليه، حيث أفتوا بكون الإحياء سبباً للملك في زمان الغيبة من دون توقّفه على الاذن.

نعم أدلّة الطّيب بالنّسبة إلىٰ زمان الحضور، للإجماع علىٰ توقّفه على الاذن في ذلك الزّمان.

ولا تنافي بين التّرجيحين بعد مساعدته، لأنّ مرجعه إلى تقييد أدلّة الطّيب في زمان الغيبة، وأدلّة الاحياء في زمان الحضور.

ثمّ أنّا لو قلنا بالتكافؤ مطلقاً، وإجمالها في مورد التّعارض فالمرجعُ حكمُ العقل بقبح التصرّف في مال الغير مِنْ دون رضاه، فاللّازم حينئذٍ استفراغ الوسع في الأخبار الدالّة على الاذن والرّضا بأكل ما لهم، والبحث عن مقدار مدلولها:

فمنها: ما في مُصحّحة عمر بن يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام في حديثٍ طويل: «الأرض كلّها لنا وما أخرج منها فهو لنا، وكلّما كانَ في أيدي شيعتنا فهم فيه مُحلّلون، فيحلّ لهم ذلك إلى أنْ يَقومَ قائمنا فيجبهم طِسْق ما كان في أيدي سواهم، فانّ كسبهم من الأرض حرام عليهم، حتّىٰ يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم، ويخرجهم عنها صغرة»[1].

ومنها: مصحّحة أُخرىٰ عن أبي عبدالله عليه السلام: «وكلّ مَنْ والىٰ آبائي فَهُم في حِلٍّ ممّا في أيديهم مِنْ حقّنا، فلْيُبلّغ الشّاهدُ الغائبَ»[2].

ومنها: رواية يونس بن يعقوب قال: «كنتُ عند أبي عبدالله عليه السلام فَدَخل رجلٌ من القَّماطين، فقال جُعْلْتُ فداك تقع في أيدينا الأرباح، والأموال، والتّجارات، نعرف أنّ حقّك فيها ثابتٌ، وانّا عن ذلك مقصّرون؟

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٨.
٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٧.

فقال أبو عبدالله عليه السلام : ما أنصفناكم إنْ كلّفناكم ذلك اليوم»[١].

ومنها: مُصحّحة زرارة وأبي بصير ومحمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عَليٌّ بن أبي طالب عليه السلام : «هَلَك النّاس في بطونهم وفروجهم، لأنهم لم يؤدّوا لنا حقّنا، ألا وأنّ شيعتنا عن ذلك وآبائهم في حِلّ»[٢].

وغير ذلك من الأخبار المذكورة في كتاب الخمس.

ولا يخفىٰ أنّ كثيراً من هذه الأخبار واردة في تحليل الخمس، وهذا وان لا يقتضي تخصيص التّحليل، إلّا انّها موهونة لعدم كونها معمولة في موردها لمعارضتها بما هو أقوىٰ منها الدالّة علىٰ وجوب ردّ الخمس، وعدم جواز حبسه، فاللّازم حينئذٍ صرف هذه الأخبار، إمّا بتخصيصها في موردها الخاصّ، أو بحملها على المناكح والمساكن ـ كما يظهر من بعض العلماء ـ أو بحملها على مرتبةٍ مِنَ الحِلّ التي يتوقّف بها طيب الولادة، لا إباحة مطلقة بحيثُ يجوز التصرّف مطلقاً، كما انّه قد يتصوّر الإنسان أنْ يتجاوز عَمَّن ظَلَمه وَعَن مَنْ سيَظْلمه فيما بعد، بمعنىٰ أنّه يجعله في حلّ حتّىٰ لا يُحرق بالنّار، فهو لا يرضىٰ بدخوله النّار لأجل ظلمه، لا أنّه يُبيح الظّلم في كلّ وقت.

هذا، ولكنّ الإنصاف أنّ بعض الأخبار دالّة على إباحة الأراضي، إلّا انّها مختصّة بالشّيعة، مع أنّه لا إشكال بل لا خلاف في أنّ احياء المخالف أيضاً للملك.

اللّهم إلّا أن يُدّعىٰ أنّ الأرض حقيقةً لا تصير ملكاً لهم بالاحياء، كما يظهر من بعض الأخبار أنّ كسبهم فيه حرام، إلّا أنّ تقرير مذهبهم والمماشاة معهم يقتضي امضاء فعلهم، والمعاملة معهم معاملة الملك، لا أنّه مِلْكٌ لهم حقيقةً،

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٥.
٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٣.

وليس الإجماع الثّابت في المقام ناهضاً على إثبات الأزيد من ذلك، أعني الملكيّة الصّورية.

هذا، واستدلّ في محكي «جامع المقاصد» علىٰ سقوط اعتبار الاذن في زمان الغيبة باستلزامه امتناع الاحياء حيث **قال:**

«ولا يخفىٰ أنّ اشتراط اذن الامام عليه السلام انّما هو مع ظهوره، وامّا مع غيبته فلا وإلّا لامتنع الاحياء» انتهىٰ.

وظاهره انّ بطلان التالي أمر مفروغ عنه في الشّريعة، ولذا لم يتعرّض لبيانه وهو حقّ في الجملة، ولكنّ الملازمة ممنوعة لما عرفت من استظهار صدور الاذن عنهم عليهم السلام بالنّسبة إلى الشّيعة، وعلى هذا فيرتفع الامتناع كلّية. امّا بالنّسبة إلى الشيعة فظاهر وبالنّسبة إلى المخالف والكافر فلمقدورية المقدّمة.

ودعوىٰ: انعقاد الإجماع علىٰ كون الاحياء سبباً للملك مطلقاً حتّىٰ المخالف والكافر بعدما عرفت من عدم استفادة الاذن لهم من الأخبار فمقتضى الإجماع سقوط الاذن ممنوعة.

ونسب إلى كاشف الغطاء رحمه الله انّه ذهب إلى دلالة شاهد الحال علىٰ رضاء الإمام عليه السلام بالاحياء وطيب نفسه بتعمير الأرض مطلقاً وانّه عليه السلام لا يرضى ببقاء الأرض مخروبة وانّه لا ينتفع بها أحد. ومعلوم انّ هذا الاستظهار انّما هو بالنّسبة إلىٰ زمان الغيبة، وامّا في زمان الحضور وبسط يد الإمام عليه السلام مع التمكّن منه أو من نائبه فلا، اذا المحبوبيّة لا تقتضي الإباحة مطلقاً إلّا في زمان التعذّر كما لا يخفىٰ.

وهذا الوجه لا يخلو عن تأمّل، إذ بعد علمه عليه السلام بأنّ الأرض لا تبقى مخروبة، وانّ المخالفين الّذين صاروا سبباً لاستتارهُ يُعمّرونها مِنْ دون مراعاة الإذن، وأنّ إذنه لا يؤثّر في الازدياد شيئاً بالنّسبة إليهم، لا داعي إلى اذنه حتّىٰ يصير سبباً لخروج الأرض عن ملكه، بل الحال يَشهُد على خلافه.

نعم هذا بالنسبة إلى شيعتهم بعد ملاحظة كثرة رأفتهم عليها، وعدم رضاهم بدخولهم النّار، ولكنّ أخبار الحِلّ يغنينا بالنّسبة إليهم عن هذا الاستظهار.

وامّا ما ذكر من عدم رضاهم ببقاء الأرض غير منتفع بها.

ففيه: أنّ الحرمان غَيرُ مستلزم لأمر محال، خصوصاً بملاحظة كونه سبباً في استتاره، إذ رُبَّ فوائد أعظم مِنْ ذلكَ قد حَرُمْناها لغيبته عجّل الله فرجه.

* * *

[في الأراضي المفتوحة عنوة]

قوله(عليه السلام) : **«وإنْ رُفَعِتْ يده عنها قهراً وعنوةً، فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة كالنخل والأشجار والبنيان للمسلمين كافة، إجماعاً على ما حكاه غير واحد كـ«الخلاف» و«التّذكرة» وغيرهما، والنّصوص به مستفيضة...»**[1] الخ.

أقـول[2]: هذا ممّا لا إشكال فيه في الجملة، بل لا خلاف إلّا عمّا يظهر من المحكي عن المحقّق الورع الأردبيلي واتباعه، وانّما الإشكال في كيفيّة مالكيّة المسلمين، وأنّها بحيث تنافي مالكيّة شخصٍ خاص أم لا، وأنّها هل هي بعد وضع الخمس منها أم لا، بل هي بتمامها مِلْكٌ للمسلمين، وليس لأهل الخمس منْ حيثُ هم أهل الخمس منها شيء، مِنْ قليلٍ ولا كثير؟

فلنقدّم الكلام أوّلاً في تعلّق الخمس بهذه الأراضي الّتي فُتِحَتْ عنوة.

فنقول: لا خلاف ظاهراً، بل الإشكال، في أنّ الأرض الّتي فُتحت عَنوة باذن

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٦.

٢ ـ هذا أوّل ما نقلتُ من تحريرات الغير، تلخيصّاً وعيناً مِنْ دون أن اُلاحظها وأتأمّل فيها حَقّ التأمّل، إلّا أنّ فيها بحسب الظّاهر مواضع للنظر (منه(قدس سره)).

الإمام عليه السلام خمسها للإمام عليه السلام، بل عن ظاهر اطلاق «المدارك» الاجماع عليه، وامّا لو فُتِحَت بغير اذنه، فالظّاهر أنّ جميعها له من غير نكير.

وليعلم أوّلاً: أنّه لا أصل في المقام يُرجع إليه عند الشّك، إذ بعد خروج الملك عن أيدي الكفّار، لا يتعيّن دخوله في ملك الإمام عليه السلام أو المسلمين بالأصل، لكون كلّ منهما حادثاً مسبوقاً بعدم.

نعم، لو قلنا بدخوله أوّلاً في ملك المسلمين بمقتضىٰ ظاهر لفظ «**غَنِمْتُم**» كسائر الفوائد المكتسبة بالتّجارات، ثمّ يتعلّق الخمس عليها ويجب على المسلمين دفعه إلى أهله، فالأصل يقتضي عدمه في صورة الشكّ، كما لا يخفىٰ.

ويدلّ على المطلوب عموم الآية والإخبارات المستفيضة.

والمناقشة: في الآية بظهور «الغنيمة» في المنقولات، ممّا يغتنمه المقاتلون من دار الحرب، لا مطلق الفائدة بحيثُ يشمل ما نحن فيه.

مدفوعة: بتصريح كثير من العلماء، والمحكيّ عن «القاموس» من أنّها مطلق الفائدة، وقد حُكي عن العلّامة في «التذكرة» في باب الجهاد انّه قال:

«الغنيمة هي الفائدة المُكتسبة سواء اِكْتُسِبَتْ برأس مال وشبهه كأرباح التّجارات والزّراعات والصّناعات وغيرها، أو اِكْتُسِبَتْ بالقتال والمُحاربة».

وعن الشهيد رحمه الله ادراج الأقسام الخمس جميعها في الغنيمة.

ودعوىٰ: انصراف «**غنمتم**» المذكور في الآية إلىٰ خصوص المنقولات من غنائم دار الحرب، قابلة للمنع، خصوصاً بعد ملاحظة الأخبار الواردة في الباب المفسّرة للآية:

منها: خبر محمّد بن سنان، عن عبدالصّمد، عن حكيم، عن الصّادق عليه السلام قال: قُلتُ له: ﴿**واَعْلَمُوا أنّما غَنِمْتُم مِنْ شَيء فانَّ للهِ خُمُسَهُ وَللرّسُول**﴾[1].

---

١ ـ سورة الأنفال: آية ٤١.

قال: هي والله الإفادة يوماً فيوم»[١].

وهذا الخبر الشّريف كما أنّه لا دليل للمطلوب، كذلك مؤيّدٌ للاستدلال بالآية الشّريفة.

ومن الأخبار الّتي يستدلّ بها على المطلوب قوله عليه السلام :

«كُلُّ شيء قوتل عليه علىٰ شهادة أن لا إله إلّا الله وأنّ محمّداً رسول الله فانّ لنا خمسه»[٢].

فانّه بعمومه يشمل الأرض.

ومنها: خبر أبي حَمزة الثُّمالي :

«إنّ اللهَ جَعَل لنا منها ثلاثة في جميع الفيء فقال تبارك تعالىٰ: ﴿واعْلَمُوا أنّما غَنِمْتُم مِنْ شَيء فانّ لله خُمُسَهُ وَللرّسول وَلذي القُرْبىٰ وَاليّتامىٰ وَالمَساكِينُ وابنُ السَّبيل﴾ فنحنُ أصحابُ الخُمْسِ وَالفيء وقد حَرَّمناه علىٰ جميع النّاس ما خَلا شيعتنا.

والله ، يا أبا حمزة ما مِنْ أرض تُفتح، ولا خُمس يُخمّس، فيضربُ علىٰ شيء منه، إلّا كان حراماً علىٰ مَنْ يُصيبه فَرْجاً كان أو مالاً...»[٣].

فانّ صدره وهو قوله: «في جميع الفيء» دالٌّ بظاهره علىٰ وجوب الخمس في الأرض.

ومثله الأخبار الدالّة على أنّ في الفيء خُمُساً.

ويمكن الاستدلال بقوله عليه السلام: **«ما مِنْ أرضٍ تُفتح»** بناءً على أنّ قوله **«ولا خُمس يُخمّس»** عطف على قوله **«وما من أرض تُفتح»**، امّا من عطف التفسير أو من عطف العام على الخاص، ولكن يأبىٰ ذلك كلمة «لا» فانّها ظاهرة في كون ما

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص٥٤٦ .

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٢ ص ٤٨٧ .

٣ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٥٢ .

بعدها قسيماً لما قبلها، ويأتي في ذلك أيضاً قوله «**فرجاً كان أو مالاً**»، بناءً علىٰ أنّ قوله «**ولا خُمسٍ يُخمَّس**» من عطف التّفسير كما هو واضح، والظّاهر أنّ قوله «**ما مِنْ أرضٍ**» توطئة لذكر الخُمس.

وحاصل معنى الرّواية: أنّه ما مِنْ أرض تُفتح، فيؤخذ حينئذٍ خمسُ ما اغتُنِم مِنْ فتحها إلّا كان حراماً، وعليه فلا دلالة في الرّواية علىٰ ما نحن فيه.

وقوله: «ولا خُمسٍ يُخمّس» معناه إمّا مالٌ يخمّس أو خُمسٌ يُفرض.

وكذا يدلّ على المطلوب قولهﷺ في خبر ابنُ أبي عمير:

«**والخُمس علىٰ خَمْسَة أشياء: الكنوز، والمعادن، والغوص، والغنيمة...**»[1].

ودعوىٰ: انصراف لفظ «الغنيمة» إلى المنقولات قد مرّ منعها، وكيف كان فالظّاهر أنّ المسألة ممّا لا إشكال فيها.

إلّا أنّه قد يناقش فيها: بملاحظة الأخبار الأُخر الّتي يُستظهر منها اطلاق «الغنيمة» علىٰ خصوص المنقولات، مثل قولهﷺ في خبر ابن سنان.

قال: «سمعته يقول في الغنيمة، يُخرجُ منها الخمس، ويُقسَّم ما بقي بين مَنْ قاتل عليه وَوَلّي ذلك»[2].

وقوله في مرسلة حمّاد الطويلة:

«**الخمسُ مِنْ خَمسة أشياء: من الغنائم، والغوص والكنوز، والمعادن، والملاحة ـ إلى أن قال ـ يؤخذ الخمس من الغنائم فَيُجعل لمن جعله الله، وتُقسَّم أربعة أخماس بين مَنْ قاتل عليه وَوَلي ـ إلى أن قال ـ والأرضون الّتي أُخِذَتْ بخيلٍ أو ركابٍ فهي موقوفة متروكة في يد مَنْ يُعمّرها ويُحييها ويقوم**

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٢ ص ٤٨٦.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٢ باب ١ ص ٥١٧.

عليها علىٰ ما صالحهم الوالي ـ إلى أن قال ـ ويؤخذ مِنْ العُشر فيقسَّمُ بين الوالي وشركائه الّذين هم عُمّال الأرض وأكَرَتها فيدفع إليهم أنصبائهم علىٰ ما صالحهم عليه، ويؤخذ الباقي، فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه علىٰ دين الله، وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام، وتقوية الدّين في وجوه الجهاد، وغير ذلك ممّا فيه مصلحة العامّة، ليس لنفسه من ذلك قليلٌ ولا كثير»[1] الحديث.

وتقريب الاستظهار: تصريح الرّوايتين بأنّ الأربعة أخماس يقسم بين المقاتلين، مع أنّ الأرض التي فُتحت عَنوة ليست كذلك، بل هي لجميع المسلمين، كما سيتّضح ذلك، فهذا يفصح عن أنّ المراد بالغنيمة خصوص المنقولات، لاختصاص الحكم بها، كما لا يخفىٰ.

وفيه: بعد تسليم الاستظهار، أنّ استعمالها في خصوص المنقولات في بعض الموارد، لا يوجب رفع اليد عن معناها الحقيقي في مقامات أُخر، فتأمّل.

ويمكن التّشبّث لنفي الخمس بذيل الرّواية الأخيرة، لتصريحها بأنّه «ليس لنفسه من ذلك قليلٌ ولا كثير»، ومعلوم انّ الوالي الّذي أزمّة هذه الأُمور بيده، إنّما هو الإمامﷺ لا غير فهي، دالّة على أنّه ليس له شيء من منافعها، بل تصرف في المصالح العامّة، وبعد ضمّ هذه الفقرة إلىٰ ما يظهر من سابقتها وهو إبقائها وتركها بتمامها في أيدي المعمّرين يتمّ المطلوب، لأنّ الفقرة الأُولىٰ ظاهرة في أنّ الأرضين بتمامها موقوفة متروكة في أيدي المعمّرين لا بعضها، أعني بعد وضع الخمس، وهذه الفقرة الأخيرة تدلّ على أنّ الأرض الّتي تُركت في أيدي المعمّرين، منافعها لمصالح المسلمين.

هذا، ولكنّ الرّواية مرسلة، وقد أعرض الأصحاب عن العمل بها في

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٥ باب ٤١ ص ١١٠.

خصوص هذه الفقرة، علىٰ ما ادّعاه بعض، فلا تنهض لمعارضة الأدلّة المثبتة، مع أنّها قابلة للتّقييد أيضاً، فعموم «كلّ شيء قوتل عليه علىٰ شهادة أن لا إلٰه إلّا الله» محكمٌ كما لا يخفىٰ. والظاهر أنّه لم يذهب علىٰ نفي الخمس علىٰ ما قيل إلّا بعض متأخّري المتأخّرين.

وكيف كان، فالمسألة بحسب الظّاهر ممّا لا إشكال فيها.

فما ذكرنا تبيّن أنّه ينبغي تقييد قول المصنّف ﷺ انّه للمسلمين بما عدا الخمس.

ثمّ أنّ كونها للمسلمين، قد عرفت أنّه ممّا لا خلاف فيه، كما ذكره المصنّف ﷺ، عدا ما أشرنا إليه من مناقشة الأردبيلي ﷺ على ما حُكيٰ عنه، وسيوضّحه إن شاء الله تعالىٰ.

ولكنّ الإشكال في كيفيّة مالكيّة المسلمين، مِنْ أنّها كسائر الأموال المتعلّقة بمالك خاصّ، أو علىٰ نحو خاص؟

ففي محكي «الرّوضة» لَا يجوز بيعها أي الأرض المفتوحة عنوة المُحياة حال الفتح لأنّها للمسلمين قاطبة، مَنْ وُجد منهم ذلك اليوم وَمَنْ يتجدّد إلىٰ يوم القيامة، لا بمعنىٰ ملك الرّقبة، بل بالمعنى السّابق، وهو صرف حاصلها في مصالحهم.

وعن «المسالك» مثله، وظاهر كلامه حيث لم يشر إلى الخلاف أنّ ذلك من المسلّمات.

وهذا بظاهره مخالف لظاهر الأخبار، وكلمات علمائنا الأبرار، لظهور لفظ اللّام في الملكيّة الحقيقيّة، وصرفها إلى هذا المعنىٰ يحتاجُ إلى دليلٍ، وحكمهم بعدم جواز بيعها ووقفها وهبتها وكذا سائر التصرّفات كأنّها صريحة في عدم إرادتهم هذا المعنىٰ، حيث أنّ الظاهر أنّهم بنوا نفي الجواز علىٰ ذلك.

ومن المعلوم أنّ هذا المعنى الّذي ذكره الشّهيد ﷺ غيرُ منافٍ لهذه التصرّفات، لجواز التزام المشتري وكذا الواقف والمتّهب بالخراج، بحيثُ لا يضيع حقّ المسلمين، فالحُكم بعدم جواز التصرّف لا وجه له، إذ لازم هذا القول كونها ملكاً لمن أقام علىٰ

عمارتها، حيثُ أنّه نفي كون رقبتها للمسلمين، فلابدّ أن يلتزم بكونها للمُحيي، وعلىٰ هذا لا مانع مِنْ انتقال المِلْك الحقيقي، أعني ملكيّة الرّقبة، بنحو من الانتفاعات. غاية الأمر أنّ المنتقل إليه يلتزم بما كان على النّاقل مِنَ الخراج، أو النّاقل يلتزم بذلك[1]، فالظّاهر من كلامهم أنّها ملك لهم حقيقة كما ذكره الشّهيد، إلّا أنّ ظاهر كلامه يُعطي كون التّفسير المذكور مِنَ المُسلّمات عندهم، وهو أعرف بمقاصدهم، ومعهُ يشكل الحكم بالملكيّة الحقيقيّة.

وقد ناقش المحقّق الأردبيلي علىٰ ما حُكي عنه، في كون هذه الأراضي رقبتها ملكاً للمسلمين، نظراً إلى أنّه لو كانت ملكاً لهم لما صحّ إجارتها منهم، ولجاز أنْ ينقل كلّ واحد منهم حقّه.

ويرد على الأوّل أوّلاً: أنّ جواز الإجارة منهم غير معلومٍ، وأيّ دليل دَلَّ على ذلك؟

إلّا أن يقال تقبيلها منهم في مدّةٍ معيّنة جائز، بلا خلافٍ ظاهراً، وهو ليس إلّا المزارعة، وليس المزارعة إلّا تمليك منافع الأرض كالإجارة، فالمحذور بحاله.

ويمكن أنْ يقال: إنّ التّقبيل ليس هو القبالة المعروفة في كلام الفقهاء، إذ هي عبارة عن قبول الثّمرة بقدرٍ معيّن، على أن يكون الزّائد للمُتقبّل، ولا يَصحُّ ذلك إلّا بعد ظهور الثّمرة، وليس مِنَ المزارعة أيضاً، إذ يعتبر فيها أن يكون في زمانٍ معيّن، ولا يعتبر في هذا التّقبيل زمان معيّن، كما يدلّ عليه أخبار الباب، وسيأتي إليها الإشارة إن شاء الله.

هذا، ولكنّ الإنصاف انّ ذلك أيضاً غيرُ مفيدٍ، حيثُ أنّ ظاهر الأخبار أنّ منافع الأرض إنّما يملكها المُتقبّل بازاء عمله، فهي أُجرة له، فمن البيّن أنّ أخذ الأُجرة

---

١ ـ بل لا مانع لو التزم ثالث أيضاً كما لا يخفىٰ، فلا يشكل الوقف أيضاً مع التزام الواقف أو غيره فتأمّل (منه).

بازاء اصلاح الأرض الّتي هي مِلْكٌ للعامل غير صحيح، فيبقى المحذور بحاله، وتقييد ما دلّ علىٰ ذلك بكونها اُجرة بالنّسبة إلىٰ حقّ غير العامل خلاف الظّاهر بل الواقع، كما يشهد به الطّبع السّليم.

وثانياً: مع منافاة هذا النّحو من الملكيّة مع الإجارة وما ضاهاها، ألا ترى أنّ القائلين بأنّ الوقف العام مِلْكٌ للمسلمين، كالوقف على القناطر وغيرها، لا يَشكُّون في صحّة إجارتها من المسلمين، ولا يَشكُّون أيضاً في جواز بيعه منهم، إنْ كان شرائط جواز بيعه موجودة، بل الظّاهر عدم التزام أحدٍ بعدم جواز إجارة الوقف الخاصّ على الموقوف عليهم، كاجارة الخان الموقوفة على أشخاص معيّنين، بعضهم علىٰ بعض، لو رأىٰ متولّي الوقف مصلحةً في ذلك، والظّاهر أنّ ملكيّة المنفعة خصوصاً في الوقف الخاص، بل العين الموقوفة على أشخاص معيّنين، ممّا لا إشكال فيه، ومع ذلك يصحّ إجارتها عليهم بحسب الظّاهر، ولكنّه لابدّ في تحقيق ذلك من مراجعة كلمات القوم وفتاويهم، إلّا أنّ الظّاهر أنّه ممّا لا تأمّل فيه، فمعنىٰ كون الإجارة في هذا المورد تمليك المنفعة، جَعْلها مِلْكاً طِلْقاً للمستأجر، وتبديلها بِمِلْكٍ آخر له، ولا منافاة بينها.

ودعوى لزوم نقل المنفعة من شخصٍ إلىٰ شخصٍ آخر في صحّة الإجازة، ممنوعةٌ، بل يكفي الاختلاف الاعتباري الموجود في المقام.

وامّا ما ذكره من: «أنّه لا يصحّ نقلها».

ففيه: أنّه لا يدلّ علىٰ نفي الملكيّة، إذ يجوز أن يكون ذلك لمانع آخر، مثل تعيّن الحصّة، وكونها مَسلُوبة المنافع، لوجوب صرفها في جهةٍ خاصّةٍ، باذنِ شخصٍ خاصٍّ مثل الإمام عليه السلام ونائبه الخاص أو العام.

ومن المعلوم أنّ بيع العين المسلوبة المنافع دائماً، وكذا نقلها بوجه آخر، غَيرُ صحيحٍ، لكونها معاملة سفهيّة خصوصاً في مثل المقام، حيثُ أنّ سلب الملكيّة، ورفع اليد عن حاصلها، وهبة حصّته، غيرُ مؤثّرٍ في شيء أصلاً، لعدم معقوليّة خلعها من

نفسه بعد فرض كون مصرفها مصلحةً المسلمين، وكونه أحدهم، إذ بعد صرفه إلىٰ هذا المصرف ـ كوجوه الجهاد ـ قد وصل إلىٰ كلٍّ حقّه كما لا يخفىٰ.

وبالجملة: إنْ كانَ مقصود المناقش المناقشة في أصل الملكيّة، ولو بمعنىٰ تعلّق تلك الأراضي بالمسلمين علقةً توجبُ كونهم مصرفاً لما يخرج منها، نظير الوقف الخاص مثلاً، فما ذكره من الموانع لا يصلح لمنع ذلك، كما لا يخفىٰ.

قوله: «ففي رواية أبي بردة»[1].

أقول: قوله عليه السلام «**مَنْ يبيعها هي أرضُ المسلمين**»[2] بعد سؤال الرّاوي عن جواز البيع، يدلّ على أنّه لا يجوز البيع، وأنّ المانع عن جوازه كونها للمسلمين، لأنّ الظّاهر أنّ الاستفهام توبيخيٌّ، وأنّ فاعله يستحقّ اللّوم.

ويؤكّد ذلك قوله بعد قول الرّاوي: «**يبيعها الّذي بيده ويصنع بخراج المسلمين**» وكأنَّ قول السّائل «يبيعها الذي هي في يده» بيانٌ لما يَصحُّ معه البيع باعتقاده، وقوله «يصنع» دالٌّ على أنّ ذلك ـ مع كون الأرض خراجيّة ـ لا يصلح لأن يكون مصحّحاً للبيع.

نعم، في قوله «**لا بأس أنْ يشتري حَقُّه منها**» نوعُ دلالةٍ على أنّ ذا اليد يكون بسبب يده ذا حقّ على الأرض، وانّه يجوز شراء ذلك الحقّ، وذلك مبنيٌّ على أنْ يكون المراد من الحقّ هو حقّ الاختصاص، وهو لا يبعدُ، لإمكان دعوىٰ ظهور الحقّ في الاختصاص الّذي لم يَبلُغ درجة الملكيّة.

ويُحتمل أنْ يكون المراد من الحَقّ هي الآثار الّتي أحدثها المتصرّف، لأنّ الظّاهر من قوله فيها «**أنّ الحقّ بعض الأرض**»، وحيثُ لم يمكن الحمل علىٰ ظاهره، لأنّه لو كان مَنْ بيده الأرض غير المسلمين، فليس له حقٌّ أصلاً، ولو كان منهم فلا

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٧.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٥ باب ٧١ ص ١٥٥.

يجوز له الاستقلال في التصرّف في حقّه، ولدلالة الأخبار الكثيرة على أنّها إلى الإمام‌عليه‌السلام، وجب أن يُحمل على ما يُعدُّ من الأرض وهو الأبنية.

ويحتمل أنْ يكونَ المراد من الحَقّ الحصّة من المنافع التي جعلها الإمام‌عليه‌السلام للمتصرّف من النّصف أو الّثلث.

وكيف كان، دلالة الرّواية علىٰ عدم جواز بيع الأرض رقبتها ـ أصلاً وتبعاً ـ واضحة.

قوله: «وفي مرسلة حمّاد»[١].

أقول: دلالة الرّواية علىٰ عدم جواز بيع الرّقبة ظاهرة، لدلالة الرواية على أنّ منافع الأرض للمسلمين، ويجبُ صَرفها في مصالحهم ما دامت الأرض موجودة، وأنّ المعمّرين شُركاءُ الإمام‌عليه‌السلام في منافع الأرض بازاء التّعمير الّذي أحدثوه، وهذا يدلّ على أنّ الرّقبة لا تكون لهم، لا مستقلّاً ولا تبعاً للآثار. ولاريب أنّ معه لا يصحّ وقوع البيع عليها، ضرورة أنّ صحّة البيع للبايع تتوقّف علىٰ كون المبيع مِلْكاً له، ووجوب الزّكاة على المعمّرين بالنّسبة إلى حصّتهم حُكمٌ تعبّدي لا ينافي عدم كون الرّقبة ملكاً لهم، كما أنّ اخراج الزّكاة من تمام المنافع قبل القسمة، مع كون مستحقّ الزّكاة مَنْ يَستَحقُّ المنافع لا يُنافي الملكيّة للمسلمين، لأنّ ملكيّة الزّكاة غيرُ ملكيّة المنافع، لأنّ لها مَصْرفاً خاصّاً دون الزّكاة، فانّ مَنْ تناوله يصرفه حيث شاء.

قوله: «وفي صحيحة الحلبي»[٢].

أقول: قوله «**للمسلمين**» ظاهرٌ في أنّه ملك لهم، وأنّها مع كونها في أيدي الدّهاقين وقد عمّروها، لم يكن مِلْكاً لهم بالتّعمير، ولا ريب أنّ مع ذلك لا يصحّ البيع، وقد تقدّمت الإشارة إليه.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٨.
٢ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٣.

وقولهﷺ: «**لا يصلح إلّا أن تشترى منهم على أن يُصَيِّرها للمسلمين**»[١].

الظاهر أنّ معناه أن يأخذ الأرض على أن تكون الأرض باقيةً علىٰ مِلْك المسلمين، ويكون للمشتري ما كان للبايع من الأولويّة في التصرّف، وليس المراد منه أن تكون الرّقبة للمشتري، ويكون عليه الخراج، بسبب الشّرط في عقد البيع، أعني جواز الشّراء مع شرط اداء الخراج في ضمن عقد البيع، لأنّ ذلك منافٍ لقوله «هي للمسلمين»، فانه كما عرفت ظاهرٌ في كون الرّقبة مِلْكاً لهم.

ولا يلائمه أيضاً قولهﷺ في ذيل الرّواية: «**وإنْ شاء ولّي الأمر أن يأخذها...**» الخ فانّه لو كانت الأرض مِلْكاً للمشتري، لم يكن وجهٌ لجواز أخذ الإمامﷺ .

وامّا الأولويّة بالتصرّف الّذي حَدَث للمشتري، فحاله كحال أولوية البايع، ويجوز أن يكون ذلك منوطاً بابقاء الإمامﷺ الأرض تحت يده، ويكون ردّ رأس المال إلى المشتري لأجل كونه مبذولاً بازاء الأولويّة الّتي رفعها الإمامﷺ، والتزام الملكيّة المشروط بقائها بعدم رفع الإمام اليد عنها، بعيدٌ.

وبالجملة، مَنْ تأمّل في صدر الرّواية وذيلها، لا يبقى له تأمّلٌ في دلالة الرّواية على أنّه لا يجوز شراء الرّقبة مطلقاً.

قوله: «**ورواية ابن شريح**»[٢].

أقول: يدلّ قولهﷺ: «**إنّما أرضُ الخراج للمسلمين**»[٣] علىٰ عدم جواز البيع بالتّقريب المتقدّم إليه الإشارة.

والظّاهر أنّ المراد من الكراهة، ليس هي الكراهة الاصطلاحية، بل المراد هي الحرمة، بقرينة قوله «**انّما هي للمسلمين**».

ويحتمل أن يكون المرادُ الأعمّ مِنَ الحرمة، ويكون المراد مِنْ كراهة الإمامﷺ

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٦٩.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٥.

٣ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٧٠.

بعض أفرادها، وهي الحرمة بالقرينة السّابقة، وليس المراد من قول الرّاوي بعد ذلك «**انّما يشتريها الرجل وعليها خراجها**» تملّك الرّقبة، واشتراط اداء الخراج، بل الظّاهر أخذ الأرض على أن يكون له ما لهم وعليه ما عليهم، لأنّ النّهي عن شراء الرّقبةُ معلّلاً بما ذكر يقتضي عدم جواز الشّراء مطلقاً، فلا يلائمه السؤال ثانياً عن جواز الشّراء مع اداء الخراج، والجواب بقوله ﷺ «**لا بأس**» مع أنّ لزوم اداء الخراج الّذي تدلّ عليه الرّوايات المذكورة منافٍ لكون تمام الرّقبة للمشتري، ولو تبعاً للآثار، كما لا يخفىٰ.

قوله: «**ورواية إسماعيل بن الفضل**»[1].

أقول: دلالة الرّواية علىٰ عدم جواز البيع خفيّة، والظّاهر أنّ المراد من قوله «**نزّلوها**» أنّهم بعد حصول الأرض في يد المشتري نزلوا هنالك، والظاهر أنّ المراد من الأُجرة التي سَئل عن جواز أخذها هي أُجرة معيّنة، وإلّا فالظّاهر أنّ أصل الأُجرة ـ سواء كان الأرض مِلْكاً للمشتري أو للمسلمين ـ يجوز أخذها. غاية الأمر أنّه مع عدم تعيين أُجرةٍ عند النّزول يؤخذ أُجرة المثلْ ومع الشّرطُ يؤخذ ما شُرِط أخذه.

قوله: «**وفي خبر أبي الرّبيع**»[2].

أقول: دلالة الرّواية علىٰ عدم جواز البيع، بناء على النّسخة الّتي فيها «**لا يشتري بالغيبة**» ظاهرة، فانّ معنىٰ قوله «**من كانت له ذمّة**»[3]، من كانت له عُهدةٌ يتمكّن معها اداء الخراج، أو مَنْ كان له ضامنٌ، على أن يكون المراد من الذمّة عُهدة بسبب الضّمان، وعدم جواز الشّراء بدون أداء الخراج يدلّ على أنّ الرّقبة لا تصيرُ مِلْكاً للمشتري، كما أنّ التّعليل بقوله «**فانّما هي فيءٌ للمسلمين**» يدلّ علىٰ ذلك،

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٧.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٨.

٣ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٦٩.

وكذلك يكون الدّلالة علىٰ ما ذُكر ظاهرةً بناءً على النّسخة الّتي نقلها المصنّف﷫، وهي التي فيها «**لا تشتري بالخطاب**».

وقوله «**إلّا مَنْ كانت له ذمّة**»، إمّا استثناءٌ مِنَ المفعول، بناء على تقدير مضاف، أي أرضُ مَنْ كانت له ذمّة، وعليه يكون المراد الأرض الّتي تكون ملكاً لأهل الذمّة، علىٰ أن يؤدّوا الجزية مِنْ منافعها، أو يكون استثناءً منقطعاً، أي لكن مَنْ كانت له ذمّة يشتريها، وعليه يكون معنى الذمّة أحد الوجهين السّابقين.

ولكن يبعّد هذا الوجه أنّه لا عموم للمستثنىٰ منه، لأنّه يكون هو الشّخص إلّا بنوع مسامحةٌ وهو أن يكون المراد لا تشتري أنت ومن مثلك.

قوله: «وظاهره كما ترىٰ عدم جواز بيعها»[1].

أقول: قد عرفت وجه الدّلالة، لكنّ بعض المتأخّرين كصاحب «الكفاية» اختار جواز البيع والشّراء مطلقاً، متمسّكاً ببعض هذه الأخبار كرواية الحلبي، وبعضٍ آخر من الأخبار مثل رواية محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله﷣:

قال: **سألته عن الشّراء مِنْ أرض اليهود والنصارىٰ؟**

فقال: ليس به بأس، وقد ظَهَر رسول اللهﷺ على أهل خيبر فخارجهم على أن يَترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمّرونها، وما بها بأس إذا اشتريت منها شيئاً، وأيّما قوم أحيوا شيئاً مِنَ الأرض أو عملوها فهم أحقُّ بها وهي لهم»[2].

وجه الدّلالة: أنّ الظّاهر من أرض اليهود، ليس الأرض الّتي هي مِلْكٌ لهم بالصّلح، وإلّا لم يكن وجه للتمسّك بفعل النّبيﷺ في خيبر، ولم يكن وجه للتّعليل بقوله «وايّما قوم أحيوا»، الظّاهر في أنّ المُحيي والمعمّر مالكُ الأرض بالاحياء

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ١٩.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ١ ص ٤١١.

والتّعمير، لأنّهم يملكون الأرض بالصّلح دون الاحياء. فالمراد امّا الأرض المفتوحة عنوة ـ بناءً علىٰ أنّ خيبر منها ـ أو أرضُ الصّلح الّتي هي للمسلمين ـ بناءً على أنّ خيبر منها، كما عن الشّهيد؛ ـ وأيّ واحدٍ منهما كانَ المرادُ يدلّ جواز شرائها علىٰ جواز شراء الآخر، لعدم الفصل بينهما.

ومثل رواية اُخرىٰ لمحمّد بن مسلم قريبٌ من هذه الرواية[1].

ومثل رواية أبي بصير:

«عن شراء الأرض من أهل الذمّة؟

فقال: «لا بأس أن تشتري منهم إذا عملوها وأحيوها فهي لهم وقد كان رسول الله ﷺ حين ظَهَر علىٰ خيبر وفيها اليهود خارجهم علىٰ أمرٍ وترك الأرض في أيديهم يعملونها ويعمّرونها»[2].

ومثل رواية محمّد بن مسلم:

قال: «سألته عن شراء أرضهم أي أهل الذمّة؟

فقال؛ : لا بأس أن تشتريها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدّي فيها كما كانوا يؤدّون فيها»[3].

ومثل رواية ابن أبي زياد:

قال: «سألت أبا عبدالله؛ عن الشّراء مِنْ أرض الجزية؟

قال فقال؛ : اشترها فانّ لك مِنَ الحقّ ما هو أكثر من ذلك»[4].

ومثل رواية حريز عن أبي عبدالله؛ :

قال: «سمعته يقول رُفِع إلى أمير المؤمنين؛ رَجُلٌ مسلمٌ اشترىٰ مِنْ

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٦٩ ح ٢٢٧٦٦.
٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٢٥ باب ٤ ص ٤١٦.
٣ ـ وسائل الشيعة؛ ج ١٧ باب ٢١ ص ٣٧٠.
٤ ـ وسائل الشيعة: ج ١٥ باب ٧١ ص ١٥٦.

أراضي الخراج؟

فقال أمير المؤمنين عليه السلام: له ما لنا وعليه، ما علينا مسلماً كان أو كافراً، له ما لهم وعليه ما عليهم»[(١)].

وجه الدّلالة: ظهور قوله عليه السلام **«له مالنا»** في إمضاء الشّراء.

واستدلّ أيضاً بالعمل المستمرّ من المسلمين في جميع الأعصار المتلاحقة من غير نكير.

والجواب:

أمّا عن الأخبار: فإنّ بعضها لا يدلّ علىٰ المدّعىٰ، والدالّ منها معارضٌ بالأخبار السّابقة، فانّ ما يدلّ منها علىٰ وجوب اداء الخراج محمولٌ علىٰ مجرّد أخذ الأرض من أيديهم، واعطاء المال بازاء الأولويّة الّتي لمن يكون الأرض في يده، وامّا ما دلّ على جواز الشّراء كروايتي محمّد بن مسلم، ورواية أبي بصير فهو معارضٌ بالأخبار السّابقة، والتّرجيحُ مع تلك الاخبار، لأنّ المشهور عدم جواز شراء رقبة الأرض مستقلاً، ويمكن حمل هذه الأخبار علىٰ شراء الأراضي الّتي كانت مواتاً في حال الفتح واحياها اليهود، ويكون المراد من أرض خيبر الّذي استشهد الإمام عليه السلام لجواز الشّراء بفعل رسول الله صلى الله عليه وآله فيها، بعض اقطاعه الّتي كانت مواتاً، فأعطاها اليهود لإحيائها، على أن يعطوا الخراج، لأنّه يجوز للإمام عليه السلام أن يأخذ الأُجرة مِنَ المُحيي للموات، امّا مطلقاً أو مع الشّرط، ولكن يدفعه قوله عليه السلام أو **«عملوها»** في التّعليل لإقتضاء كلمة، «أو» المباينة بين ما قبله وما بعده، يقتضي أن يكون العمل بعد الاحياء أيضاً مملّكاً، ولاريب أنّ المحيي بفعل المسلم مِلْكٌ له لا يملكه غيره ما دام الحياة باقية، ويمكن حملها على الأراضي الّتي مَلِكها اليهود بالصُّلح، ويكون المرادُ مِنْ أرض خيبر بعض اقطاعه الّتي لم تُفتح عنوةً واعطاها

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٥ باب ٧١ ص ١٥٧.

لليهود بالصُّلح.

وفيه: مع وجود مثل ذلك في خيبر، بل الظّاهر أنّ كلّها فَتِحت عنوةً، واعطاها صلى الله عليه وآله اليهود للتّعمير، على أن يؤدّوا الخراج، ويمكن حملها علىٰ جواز الشّراء تبعاً للآثار، بناءً على أنّ المُعمّر ما دامت عمارته باقية يكون مالكاً للأرض تبعاً.

وفيه: أنّ ذلك لا يدفع المعارضة بين الأخبار، لما عرفت مِنْ أنّ تلك الأخبار تمنع عن جواز الشّراء مطلقاً، ويمكن حملها علىٰ جواز أخذ الأرض من أيديهم، علىٰ أن يكون له ما لهم وعليه ما عليهم من اداء الخراج، وأخذ ما بقي من الثّمرة، ويكون المراد من قوله «**أيّما قوماً أحيوا شيئاً من الأرض**» ابقاء الاحياء، ويكون المراد من العمل قسماً خاصّاً مِن الإحياء مِنَ الزّرع مثلاً وكري الأنهار، وهذا أيضاً لا يخلو عن بُعدٍ.

وكيف كان، فالظّاهر أنّ التّرجيح مع تلك الأخبار، لأكثريّتها وموافقتها للمشهور، ولكنّ الإنصاف انّ الجمع لا يخلو عن غموض وإشكال.

وامّا عن السّيرة: فبأنّها ممنوعة، لأنّ الأراضي الّتي الآن بيد المسلمين ليس فيها ما يُعلم أنّها من الـمُحياة حال الفتح، ويوقع عليها البيع والشّراء، فانّ المسلّم من الأراضي الخراجيّة الّتي فُتحت عَنوة مع شرائط كونها للمسلمين، مِنْ عدم إجراء مِلْكٍ مسلمٍ عليها، وكون الفتح باذن الإمام عليه السلام، هو الكوفة، فانّ أكثر البلاد مفتوحة بعد الرّسول صلى الله عليه وآله وهي لا يُعلم أنّها كانت مفتوحة باذن الإمام عليه السلام، والكوفة وإنْ كانت للمسلمين لدلالة الأخبار الكثيرة على أنّها مِلْكٌ للمسلمين، ومعروفيّة كونها مفتوحة في زمان الثّاني، وكون أعماله بمشورة من أمير المؤمنين عليه السلام، ولكنّ الـمُحياة منها حال الفتح غير معلوم كونها الآن بيد المسلمين، فانّ المشاهد المشرّفة، والحلّة، وبعض القرى الأُخرىٰ، يجوز أن تكون مواتاً في زمان الفتح، كما قيل أنّها بلاد إسلامية أحدثها المسلمون، ولم يعلم مِنْ حال بائعيها أنّهم بانين على أنّها من المفتوحة عنوة، بل يجوز أن يكون ذلك لوصول ذلك إليهم من مدّعي الملكيّة يداً

بيد، ويجوز العمل بمقتضى اليد ما لم ينكشف خلافها، واحتمال كونها من الموات حال الفتح، كافٍ في ذلك، مع أنّها لو سلّمت لا يمكن استكشاف جواز الشّراء مستقلاً منها، لأنّ المشهور عدم جواز الشراء مستقلاً، بل يمكن أنْ يُقال أنّه ممّا لا خلاف فيه، فانْ سَلُّمَت السّيرة، فغاية ما يمكن أن يقال هي أنّ بيعها تبعاً للآثار جائزٌ، كما ذهب إليه جمع من المتأخّرين.

وامّا المساجد الحادثة في زمان أمير المؤمنين عليه السلام في الكوفة، فلا دليل على أنّها كانت مُحْدِثةً في المحياة، لجواز أن يكون بعض أقطاعٍ خربةٍ في أثناء العمارات أخذها المسلمون وجعلوها مسجداً.

والحاصل: أنّ دعوى السّيرة وان لم تكن بعيدة خصوصاً بالنّظر إلى أنّ أكثر الفتوحات في زمان الثاني وهي كما قيل كانت باذن أمير المؤمنين عليه السلام، كما يدلّ عليه بعض الأخبار أيضاً.

بل يمكن أنْ يقال: إنّ جميع ما فُتحت كان فتحها برضاء الأئمّة عليهم السلام، لأنّ دخول البلاد في البلاد الإسلاميّة بأيّ نحو كان، وأيّ شخصٍ فتحه، ممّا يَرضىٰ به الأئمّة عليهم السلام.

ولكن دعوى القطع ممنوعة، خصوصاً بعد عدم معلوميّة ما ذُكر، ومجرّد رضاء الإمام عليه السلام بالفتح، الظّاهر أنّه لا يكفي في كون الأرض للمسلمين، بل الظّاهر أنّه يكون الشّرط رضاء الإمام عليه السلام بصدور الفتح من خصوص الجيش الّذي فتحها، مع أنّ أصل السّيرة بالنّسبة إلى الزّارع يمكن منعها، كما حكي عن كاشف الغطاء رحمه الله أنّه منع في شرحه علىٰ بيع «القواعد» السيرة على بيع الزّارع وقبلها في الأبنية، وإنْ كان الفرق بينهما بحسب الحكم أيضاً لا يخلو عن إشكال.

هذا ولكنّ المسألة غير خالية عن الإشكال.

قوله: «وقد يُنسب إلى "الدّروس"»[١].

أقول: ظاهر عبارته الّتي حكاها المصنّف‌ﷺ هنا يوافق التّفصيل المنسوب إليه، ولكن حُكي عنه انّ في عبارته كلاماً يدلّ علىٰ كونه موافقاً لغيره، ولابدّ من الملاحظة.

قوله: «قال في "المسالك"»[٢].

أقول: جواز البيع تبعاً للآثار يتصوّر علىٰ أوجه ثلاثة:

الأوّل: أن تكون مبيعة بضميمة الآثار، نظير بيع الآبق مع الضّميمة.

الثّاني: أن يكون داخلاً في المبيع علىٰ وجه التبعيّة، نظير تبعيّة مفتاح الدّار لها في البيع.

الثّالث: أن تكون تابعة للبناء، نظير تبعيّة حريم الدّار.

وظاهر عبارة «المسالك» المحكيّة هنا هو الوجه الأوّل، ولكنّك قد عرفت انّ الأخبار لا تساعد علىٰ ذلك، وانّها مانعة عن بيعها مطلقاً، ولكنّ عبارته أعني قوله «وعليه العمل» كأنّها تومي إلى السّيرة، فانْ تمّت، وإلاّ فالمسألة مشكلة.

* * *

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٢٦.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٦٢ سطر ٢٨.

[حكم الأراضي العامرة والغامرة وتقبيلهما من السلطان]

قوله: «نعم المتيقّن ثبوت حقّ الاختصاص للمتصرّف»[1].

أقول: التصرّف في الأراضي، بالتّقبيل من الإمام(ع)، ربّما يتقبّله في زمانٍ معيّن مثل سنة أو سنوات معيّنة، وقد يتقبّله على أنْ تكون الأرض في يده، وإنّما يعمّرها ويعطي خراجها.

امّا التّقبيل على الوجه الأوّل، فمقتضى القاعدة عدم كون المتصرّف بنسةٍ ذا حقّ على الأرض، بمعنىً أن يكون له اختصاصٌ بالأرض يقابل بالمال، نعم له السّلطنة على التّعمير واستيفاء المنافع، نظير سلطنة المستأجر على العين المستأجرة.

وامّا التّقبيل على الوجه الثّاني، فهو أيضاً لا يوجب أن يكون له حقٌّ يقابل بالمال، نظير حقّ التّحجير. نعم له السّلطنة على التصرّف، وله أن يقبل الأرض غيره منه، على أن يعطى الخراج ويعطي شيئاً ممّا يزيد عن الخراج إيّاه ويأخذ شيئاً له، ولكنّ هذا بمنزلة شراء حقّ الاختصاص.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ١.

نعم يمكن أن يقال: إنّ بعض الأخبار السّابقة كرواية أبي بردة ـ إنْ حَمَلنا الحقّ فيها على حقّ الاختصاص، كما أنّه لا يبعد دعوىٰ ظهور لفظ الحقّ في ذلك ـ دالةٌ على أنّ للمتصرّف حقّاً على الأرض بسبب يده، إذا كان التّقبيل علىٰ وجه الدّوام، أو مطلقاً.

والظّاهر هو الأوّل، أو يقال تلك الأخبار ـ لمّا لم يمكن حَملها علىٰ شراء نفس الرّقبة، لما فيها من الدّلالة علىٰ عدم إرادة ذلك للحكم بوجوب أن يؤدّي المشتري الخراج بعد الشّراء، وأنّ الأرض بعد التّعمير أيضاً تكون للمسلمين ـ يُحمل على شراء الأرض، بمعنى بذل المال بازاء الحقّ الّذي للمتصرّف، كما مرّ في رواية الحلبي. ثمّ أنّ هذا الحقّ على الإمام عليه السلام في سنتين أو أكثر لا يوجب حقّ الاختصاص علىٰ وجه يكون للمشتري اشترائه ويكون له دائماً.

ثمّ أنّ هذا الحقّ علىٰ تقدير ثبوته هل يكون ثابتاً بالتقبّل، أو يعتبر معه التصرّف في الجملة، أو يكون بعد التّعمير، وهل هو ثابت مطلقاً أو ما دام قائماً بالعمارة وجوه، وقد تبيّن فيما سبق أنّ مطلق الأراضي علىٰ قسمين: عامرة وغامرة، وكلّ واحد منهما امّا لا ربّ لها أو لها ربّ، وما لا ربّ لها فهي للإمام عليه السلام مطلقاً، عامرةً كانت أو غامرة، وما لها ربٌّ فهي لأربابها، مسلماً كان أو كافراً، ولا يخرجُ عن مِلْكها إلّا بسبب شرعيّ، ولا يباحُ التصرّف فيها إلّا باذن مالكها.

والغامرة الّتي لها ربٌّ، كأن طَرَء الخرابُ عليها بعدما كانت مملوكة، بالبيع والإرث وتقطيع الإمام عليه السلام وغير ذلك من الأسباب المملكة.

وامّا المملوكة بالاحياء، فهل هي أيضاً كذلك ؟

فيه خلافٌ معروفٌ في باب الاحياء:

فمنهم مَنْ قال: بخروجها عن المِلْك بطروّ الخراب، وجواز تملّك كلّ واحد لها بالإحياء ثانياً.

ومنهم من قال: ببقائها على ملك المُحيي.

ثم أنّ ما مَلِكَهُ الكفّار، امّا أنْ يَسْلِمْ عليها أهلها طوعاً فتبقىٰ تحت يده كسائر أملاكه، وامّا أنْ لا يَسْلِم عليها طوعاً.

فان بقيت يده عليها، فان صولحوا على أن تكون الأرض لهم، وعليهم جزية رؤوسهم فهو.

وإنْ بنوا على أن تكون الأرضُ للمسلمين، وعليهم خراجها، فذلك إلى الإمام عليه السلام لكونه وليّهم.

وإنْ ارتفعت يدهم عنها، فانْ اِنجلى عنها أهلها وماتت، وليس لها وارثٌ، فهي للإمام عليه السلام.

وان رفعت يدهم عنها قهراً وعنوة فهي للمسلمين بلا تأمّل وإشكالٍ، إنْ كانَ الفتحُ باذن الامام عليه السلام وأمره إليه، لكونه وليّهم، يقبّله علىٰ من يشاء، ويؤدّي المتقبّل خراجه إليه، ويصرفه في مصارفه، وليس لآحاد المسلمين الاستقلال فيها بالتصرّف من دون اذن الوليّ، لدلالة الرّواية عليه مضافاً إلى كونه مخالفاً للقاعدة، حيث أنّها مِلْكٌ مشاع مشترك بين أشخاصٍ غير محصورين، مع أنّهم محجورون عن التصرّف فيها، مع قطع النّظر عن كونها مشتركاً، حيث أنّها ليست كسائر أملاكهم المشتركة، بل لها مصرفٌ خاص، يجبُ أنْ يُصرف فيه، فليس لكلّ منهم حصّةٌ من منافعه، بل ليس لمجموعهم التصرّف فيه بعد اجتماع آرائهم علىٰ نحو خاصّ من التصرّف، بل أمره إلى الوالي كما نطقت به الرّواية.

هذا كلّه في حال الحضور وبسط يد الإمام عليه السلام.

وامّا في حال الغيبة، فالظّاهر أيضاً بقائها علىٰ مِلْك المسلمين، وعدم جواز استقلال أحدٍ بالتصرّف فيها، وغير ذلك من الأحكام الثّابتة في حال الحضور، لاستصحاب الحالة السّابقة في جميعها، بعد الغَضّ عن اقتضاء أدلّتها لذلك مطلقاً، من غير تقييد بزمان الحضور.

نعم، القدر الثّابت الّذي لا ينبغي التأمّل فيه في زمان الغيبة من حيث جواز

التصرّف ما لو كان التصرّف والتقبّل باذن الحاكم الشرعي والسّلطان للجائر، بل الظّاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه.

وامّا في صورة انفراد كلّ منهما بالاذن، فقد تأمّل في كلّ منهما بعضٌ.

ولكنّ الإنصاف أنّه لا وجه للتأمّل فيما لو تفرّد الحاكم الشّرعي بالاذن والتّقبيل، لأنّ مجاري الأُمور بيد العلماء، وأيُّ أمرٍ أعظمُ من ذلك، إذ به يتحقّق قوام الحكومة، مع أنّ المتولّي لأمر الخراج بحيثُ يكون له التصرّف ليس إلّا الإمامعليه السلام أو نائبه وبعد إثبات النّيابة للفقهاء لا مجال للتأمّل في نفوذ اذنه، ومُضيّ تصرّفاته، هذا حكم جواز التصرّف في الأرض باذن الحاكم.

وامّا مسألة أنّه هل يجوزُ لكلّ حاكمٍ شرعيٍّ تقبيل الأراضي مطلقاً؟

فهي مسألة أُخرىٰ متعلّقة بتكليف نفس الحاكم، ومعلوم أنّه ليس لكلّ واحد ذلك، بل لابدّ من ملاحظة حاله، فان كان ممّن يقتدر علىٰ صرف الخراج في مصارفه، وكان مبسوط اليد فله ذلك، وإلّا فلا، إذ لا وجه لأخذ حقّ المسلمين وتعطيله.

هذا حال ما لو تفرّد الحاكم الشرعي.

وامّا لو انفرد الجائر بالتّقبيل، فالظاهر أيضاً جواز التصرّف، ويدلّ عليه وجوه:

الأوّل: الأخبار المستفيضة الواردة في أحكام تقبّل الأرض الخراجيّة، الّتي بعضها مسوقٌ لبيان جواز التقبّل من السّلطان، وبعضها مسوقٌ لبيان حكم آخر، ولكن يستفاد منها أنّ جواز أصل التقبّل كان أمراً مفروغاً عنه، بحيثُ لا يحتاج إلى السؤال، بل المحتاجُ إليه إنّما هو بعض الأحكام الطّارية عليه.

منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبداللهعليه السلام في جملة حديث:

قال: «لابأس بان يتقبّل الرَّجُلَ الأرضَ وأهلها مِنَ السُّلطان، وعن مزارعة أهل الخراج بالنّصف والرّبع والثّلث؟

قال: نعم لا بأس به، وقد قَبّل رسول اللهﷺ به خيبر، أعطاه اليهود حين فتحت عليه خيبر هو النّصف».

واحتمال إرادة خصوص السّلطان العادل من الرّواية بعيدٌ، إذ الظاهر كونها مسوقةٌ لبيان حكم الأشخاص التي كانت في تلك الأزمنة مبتلية بهذه الأراضي، فبيّن عليه السلام أنّه يجوز تقبّل الأرض من السّلطان.

ومن المعلوم أنّ السلاطين التي كانت في تلك الأزمنة منحصرةٌ في الجائرين الغاصبين لحقّ الأئمّة عليهم السلام، وحملها على السّلطان العادل مستلزمٌ لخلوّها عن المورد في زمان الصّدور، وكونها مجرّد حكم كلّي مفهومي لا مصداق له في الخارج، وإرادة نفسه عليه السلام من السّلطان أو نوّابه أيضاً لا يخلو عن بُعدٍ، لعدم انصرافه إليه خصوصاً في الأزمنة الّتي لم يكن مبسوط اليد كما لا يخفىٰ.

ولكن يُقرّب هذا الاحتمال إطلاق كثير من الأخبار التي أُريد منها خصوص العادل، مثل ما دلّ على أنّ إقامة الحدود على السّلطان ونظائره، فتأمّل.

ومنها: الصّحيح عن إسماعيل بن الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام:

«سألتُه عن الرَّجُل يتقبّل بخراج الرّجال، وجزية رؤوسهم، وخراج النّخل والشّجر والآجام والمصائد والسّمك والطير، وهو لا يدري لعلّ هذا لا يكون أبداً أنشتريه وفي أيّ زمان نشتريه ونتقبّل؟

قال: إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره وتقبّل به»[1].

وهذه الرّواية وإنْ لا تخلو عن مناقشة، إلّا أنّ الإنصاف استفادة المدّعىٰ منها سؤالاً وجواباً، فافهم.

ومنها: رواية العيص بن المختار:

قال قلتُ لأبي عبدالله عليه السلام: **«جعلتُ فداك، ما تقول في الأرض أتقبّلها من**

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١٢ ص ٣٥٥.

السّلطان ثمّ اواجرها من أكرتي على أنّ ما أخرج الله تعالى منها من شيء لي من ذلك النّصف أو الثّلث بعد حقّ السّلطان؟

قال: لابأس، كذلك اعامِل أكرتي»[١].

إلىٰ غير ذلك من الأخبار.

وهذه الرّواية الأخيرة وإن كانت مسوقةً لبيان حكم آخر، إلّا أنّ دلالتها سؤالاً وجواباً علىٰ مفروغيّة احتمال إرادة السّلطان العادل، بل نفي احتمال إرادته بملاحظة كونها سؤالاً عن تكليف نفسه مِنْ حيثُ كونه مبتلاً بالأراضي الّتي كانت في أيدي السّلاطين الظّلمة، ممّا لا مجال للتأمّل فيه، فهذه الرّواية أدلّ من سابقتها على المدعىٰ.

ومنها: رواية عبدالله بن محمّد:

«عن رَجُلٍ استأجر مِنَ السُّلطان مِنْ أرض الخراج بدراهم مسمّاة، أو بطعام مسمّىٰ، ثمّ أجرها ويشترط لمن يزرعها أن يقاسمه النّصف أو أقلّ من ذلك أو أكثر وله في الأرض بعد ذلك فضل أوَ يَصْلَحُ له ذلك؟

قال: نعم، إذا حفر نهراً، أو عمل لهم عملاً يُعينهم بذلك فله ذلك»[٢] الحديث.

ويمكن أن يُخدش فيها: كسابقتها بأعميّة السّلطان من الجائر، وليست الرّواية إلّا في مقام بيان جواز الإجارة والشّرط المذكورين، ولا يتوقّف صحّتها إلّا على إمكان وجود فردٍ صحيح من إجارة السّلطان، فلا يثبتُ بها نفوذ تقبيل الجائر مطلقاً واجارته.

ويدفعه: ما مرّ مراراً من بعد الحمل على الأعمّ، مع ابتلائهم في هذه الأزمنة

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ١٥ ص ٥٣.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ٢١ ص ١٢٧.

بخصوص الجائر.

ومنها: رواية الهاشمي:

«في الرّجل يتقبّل بجزية رؤوس الجبال، وخراج النّخل، والأجام، والطّير، وهو لا يدري لعلّه لا يكون من هذا شيء أبداً أو يكون....؟

قال: إذا علمت أنّ من ذلك شيئاً واحداً أنّه قد أدرك فاشتره يتقبّل منه»[١].

والخدشة فيها: بأنّه ليس السؤال فيها عن حكم تقبيل الخراج، سيّما عن الجائر من حيثُ هو، بل نفي البأس عن تقبّله قبل أن يدرك.

مندفعةٌ: بظهورها في ذلك بعد ملاحظة ابتلائهم بها.

هذه جملة ما وقفتُ عليها من الأخبار، بحيثُ يمكن أن يُستظهر منها المطلوب، وان كانت الأخبار الواردة في هذا الباب في غاية الكثرة، إلّا أنّ المذكورات أظهرها دلالةً، ولكنّك خبير بأنّ باب المناقشة فيها واسع، وقد أشرنا إلى بعضها، وطريق الذبّ عنها، وما ذكرنا وإنْ لا يخلو بعضها عن تأمّلٍ، إلّا أنّ الإنصاف انّ السّبر فيها، خصوصاً بعد ملاحظة ما فَهمه الأعلام منها، يعطي ظهورها في المطلوب، ولكنّ الالتزام بذلك، والإقتصار بمثل هذا الظّهور في رفع اليد عن القوانين المُتقنة الثّابتة بالكتاب والسُّنة، المعتضدة بحكم العقل مِنْ حُرمة التصرّف في مال الغير، مشكلٌ، واثبات الولاية للجائر بها أشكل، خصوصاً بعد ملاحظة شدّة اقتضاء التقيّة لصدور مثل هذه الأحكام، وامتناع إظهار الحقّ منهم غالباً، لو لم يكن تقبيلهم نافذاً بحسب الواقع، ولاسيا بعد ملاحظة عدم كون الاستظهارات غالباً مِن الظُّهورات الثّابت اعتبارها كما لايخفىٰ، فللتأمّل فيها مجال.

نعم، قد يُستأنس لذلك، بل يُستدلّ عليه بما ورد من وجوب امضاء عملهم،

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١٢ ص ٣٥٥.

وتقرير مذهبهم، والمماشاة معهم علىٰ ما يقتضيه مذهبهم، خصوصاً بعد ملاحظة اطباق العلماء ـ علىٰ ما ادّعاه غير واحد ـ وسيرة النّاس في زمان الثّلاثة، ومَنْ يحذو حذوهم، وعدم ردع الأئمّة عليهم السلام إيّاهم، وإنْ أمكن المناقشة فيها أيضاً بما هو أعظم من أصل الاستدلال ، إلّا أنّ ملاحظتها موجبٌ لإستيناس الأذهان، وعدم الاستيحاش من إيكال الأمر إلى الفاسق، إذا قضت به الضّرورة.

الوجه الثّاني: ما دلّ علىٰ حلّ قبول الخراج والمقاسمة، بدعوى ثبوت الملازمة بينه وبين جواز التّقبيل.

وتقريب الاستدلال: أنّه لا إشكال ظاهراً ـ نصّاً وفتوىً ـ في جواز قبول الخراج، الّذي هو أُجرة الأرض من الجائر، ونفوذ تصرّفه في الخراج يستلزم النّفوذ في التّقبيل أيضاً.

بيان الملازمة: أنّه لو لم ينفذ تقبيله بحيثُ صارت المنفعة مِلْكاً للمتقبّل، لم يخرج بدلها، أعني الخراج عن مِلْكه، لأنّ خروج البَدَل عن مِلْكه مِنْ حيثُ كونه بدلاً مالم يدخل في ملكه المُبدل، غيرُ معقولٍ، وإذا لم يخرج البَدَلُ عن مِلْكه لا يجوز لأحدٍ التصرّف فيه مِنْ غير رضاه، وهذا خلاف الفرض، لأنّ المفروض جواز التصرّف فيه من دون توقّف علىٰ طيبِ نَفس المُتقبّل، ولو مع معلوميّته، فهذا يكشف عن خروجه عن مِلْكه، وصحّة المعاملة الواقعة بينه وبين الجائر، أعني تقبل الأرض بالأُجرة المعيّنة، وهذا لا ينافي غصبيّة ولايته، وحُرمة تصرّفه مِنْ حيثُ الحكم التّكليفي، إذ من الجائز امضاء أفعاله بعد غصب الولاية، واجراء أحكام العادل على أعماله، لمصلحةٍ تقتضي ذلك.

ويمكن الخدشة: فيه بمنع الملازمة، إذ من الجائز توقّف صحّة التقبّل علىٰ تقبيل نائب الإمام عليه السلام، أعني الحاكم الشّرعي، وجواز دفع البدل إلى الجائر لمصلحةٍ، أو دفع مضرّةٍ.

توضيح ذلك: أنّه لا إشكال في عدم جواز الاستقلال في التصرّف علىٰ نحو لا

يؤدّي الخراج أصلاً في تلك الأراضي، بل لابدّ للمتصرّف من أنْ يؤدّي خراجه إلىٰ وليّ الأمر، ومن الجائز اكتفاء الشّارع ووليّ الأمر بما يأخذه الجائر ظُلماً وعُدواناً، عمّا يجب على المتصرّف ادائه إلى المستحقّ، أعني وليّ الأمر إرفاقاً على العباد، بحيثُ يتحقّق بادائه إليه براءة الذمّة له، نظير اعطاء الزّكاة إليهم، إن قلنا بتحقّق البراءة، كما يستفاد من بعض الأخبار.

وعلىٰ هذا، فاللّازم على المُتقبّل أن يَتقبّل الأرض مِنْ وليّها ـ ولو في زمان الغيبة ـ أعني الحاكم الشّرعي، ولا يضرّه دفع البدل إلى الجائر، لاكتفائهم بذلك في براءة ذمّته، وتعيين حقّهم فيما يأخذه الجائر غصباً، فلا منافاة حينئذٍ بين اذنهم بقبول الخراج، ومنعهم عن تقبيل الأرض، فَعدُّ هذا الوجه دليلاً مستقلّاً في غاية الضّعف.

نعم، لو ثبت المدّعىٰ بدليلٍ آخر من الأخبار وغيرها، جُعل هذا الوجه مؤيّداً لا دليلاً كما لايخفىٰ.

الوجه الثّالث: دعوى الاتّفاق، بل الإجماع علىٰ وجوب دفع الخراج إلى الجائر، وحرمة سرقة الحصّة وخيانتها منه، والامتناع من تسليم ثمنها بعد شرائها إليه، وإنْ حَرُمت عليه. ومعلوم أنّ هذه الأحكام لا تتمّ إلّا بعد الالتزام بكونه حقّاً له، بمعنى إمضاء عمله، والمعاملة معه معاملة ذوي الحقوق في حقوقهم، ولازمه وجوب تقبيل الأرض منه ونفوذ تصرّفهم فيها.

والإنصاف أنّه لو تمّ الإجماع لوجب الالتزام بنفوذ تقبيله للملازمة المذكورة، وإنْ أمكن المناقشة فيها أيضاً بما لايخفىٰ، إلّا أنّ المُنصف يقطع بذلك أنّ الشّارع لأجل مصلحةٍ عامّةٍ نزّله منزلة العادل في بعض أحكامه، ونفوذ تصرّفاته، وإنْ كانت أفعاله محرّمة عليه لمغصوبيّة أصل الولاية، إلّا أنّ الشّارع أوجب علينا أن نعامل معه معاملة العادل، لأجل الحكم والمصالح البيّنة والخفيّة.

ولكنّ الإشكال في إثبات أصل الإجماع، وامّا نقله فغيرُ مفيد على المختار، مِنْ عدم حجّيته، خصوصاً مع الظنّ بالعدم، إذ الظّاهر أنّ صاحب «الكفاية» ومن تبعه

من المتأخّرين لا يلتزمون بذلك، بل قد يتأمّل بعضهم في أصل جواز الدّفع مع إمكان الامتناع، مستدلاًّ بحرمة دفع مال الغير إلّا إلىٰ مستحقّه، والقدر الثّابت من جواز دفعه إلىٰ غير مستحقّه إنّما هو في صورة عدم التمكّن، فليقتصر عليه، مؤيّداً ببعض الأخبار مثل ما روي من أنّ عليّ بن يقطين قال له الإمام عليه السلام:

«**إنْ كنتَ ولابدّ فاعلاً فاتّق أموال الشيعة**»[1].

وأنّه كانَ يُجبيها مِنَ الشّيعة علانيةً ويردّ عليهم.

ومثل مصحّحة العيص في الزّكاة:

«**ما أخذ منكم بنو أميّة لعنهم الله فاحتسبوا به ولا تعطوهم شيئاً ما استطعتم**»[2].

إلى غير ذلك من الأخبار.

هذا، ولكنّ الفتوىٰ بالحرمة معروفة، قال المصنّف رحمه الله في مبحث جوائز السّلطان:

«هل يختص حُكمُ الخراج، مِنْ حيثُ الخروج عن قاعدة كونه مالاً مغصوباً محرّماً بمن ينتقل إليه، فلا استحقاق للجائر في أخذه أصلاً، فلم يمض الشّارع من هذه المعاملة إلّا حلّ ذلك للمنتقل إليه، أو يكون الشّارع قد أمضىٰ سلطنة الجائر عليه، فيكون منعه عنه أو عن بذله العوض عنه في العقد معه حراماً.

صريح الشّهيدين والـمَحكيّ عن جماعة ذلك.

قال الـمُحقّق الكَّركيّ في رسالته: «ما زلنا نسمع مِنْ كثيرٍ ممّن عاصرناهم ـ لا سيما شيخنا الأعظم الشّيخ علي بن هلال رحمه الله ـ أنّه لا يجوز لمن عليه الخراج سرقته، ولا جحوده، ولا منعه، ولا شيء منه لأنّ ذلك حقٌّ واجبٌ عليه» انتهىٰ.

وفي «المسالك» في باب الأرضين: وذكر الأصحاب أنّه لا يجوز لأحد جَحْدها،

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٤٦ ص ١٩٣.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٢٠ ص ٢٥٢.

ولا منعها، ولا التصرّف فيها بغير اذنه، بل ادّعى بعضهم الاتفاق عليه» انتهىٰ.

وفي آخر كلامه أيضاً: «أنّ ظاهر الأصحاب أنّ الخراج والمقاسمة لازمٌ للجائر حيثُ يطلبه ويتوقّف على اذنه» انتهىٰ.

وعلى هذا عَوّل بعض الأساطين في شرحه على «القواعد» حيث قال:

«ويَقوى حرمة سرقة الحصّة وخيانتها والامتناع من تسليم ثمنها بعد شرائها إلى الجائر، وإنْ حرمت عليه، ودخل تسليمها في الإعانة على الإثم في البداية أو الغاية، لنصّ الأصحاب علىٰ ذلك ودعوى الإجماع عليه» انتهىٰ.

أقول: إن أُريد منع الحصّة مطلقاً فيتصرّف في الأرض من غير أُجرة، فله وجهٌ، لأنّها ملك للمسلمين، فلابدّ لها من أُجرة تُصْرَف في مصالحهم.

وإنْ أُريد منعها مِنْ خصوص الجائر، فلا دليل علىٰ حرمته.

أقول: ظاهرها كما ترىٰ تصريح بعض بدعوى الإجماع، كما عن «شرح القواعد» وتوقّف التصرّف فيها على اذن الجائر، بل ادّعي الاتّفاق عليه كما عن «المسالك».

إلّا أنّك قد عرفت أنّ الاعتماد عليه مشكلٌ، خصوصاً بعد ظهور الخلاف كما لايخفىٰ.

الوجه الرابع: حكم العقل وتقريره بوجهين:

أحدهما: أن يقال لا إشكال بعد انحصار سلطان المسلمين في الجائر أنّه يجبُ على المسلمين تمكينه المُلْك، وتسليطه علىٰ دفع الشّرور والمفاسد الّتي يوجب افشائها اضمحلال الدّين، كما أنّه تجبُ إعانته علىٰ حفظ الثُّغور، ومَنع استيلاء الكفّار على المسلمين حفظاً لبيضة الإسلام الذي هو من أهمّ الأُمور، بل لو لم يفِ بذلك بيتُ مال المسلمين لَوَجَب عليهم كفايةً ايثاره بقدر ما يتمكّن من ذلك من الأموال، بل النّفوس، فضلاً عن دفع الأموال المُعدّة لذلك إليه، ومن البيّن أنّه لو كان الحكم الشّرعي جواز منعه وسرقته لكلّ أحدٍ، للزم ترخيص الشّارع في الإقدام على ما

يوجب اضمحلال الإسلام، وتقوية الكفّار على المسلمين، وهو ظاهر البطلان.

والحاصل: أنّه لو توقّف حفظ بيضة الإسلام علىٰ دفع الخراج وأمثاله، بل وأزيد من ذلك إلى أحدٍ ـ فاسقاً كان أو عادلاً ـ يجب مِنْ باب المقدّمة، مِنْ غَير فرقٍ بين أن يكون الجائر بنفسه سبباً لضعف العادل، وعدم قدرته على استيلائه وغيره، لأنّ المناط توقّف حفظ البيضة عليه، وفَرضُ أنّه لو لم يكن ذلك جائراً ومانعاً عن تسلّط المستحقّ علىٰ حقّه، لكان العادل مسلّطاً، غَيرُ مقتضٍ لنفي الوجوب الفعلي، بل انّما يوجب حرمة تصرّف الجائر لا غير، وإذا وجب دفع الخراج إلى الجائر لتوقّف نظام اُمور المسلمين عليه معاشاً ومعاداً، يلزمه نفوذ تصرّفاته، لكونه متمّماً للفرض، وإذا كان كذلك يلزمه نفوذ تقبيله في الأرض بالتّقريب المتقدّم.

وثانيهما: أنْ يقال إنّه لا إشكال في أنّه ليس لأحدٍ أن يصرف منافع تلك الأراضي فيما يشتهيه، بل لها مصارفُ خاصّة، أعني صرفها في مصالح المسلمين، كما أنّه لا شبهة في عدم جواز حبسها، لكونه إضاعة للحقوق، ولا شبهة أنّه لا يقدر كلّ أحدٍ أنْ يصرفها في مصارفهم، لكونها أموراً عظاماً كنظم الأمور، وسدّ الثّغور، وحفظ الطّرق، ومنع الكفّار عن الغلبة على المسلمين، وغير ذلك من الأُمور الّتي لا يقدر على اصلاحها إلّا السّلاطين، فاذا انحصر السّلطان في الجائر، وَجَب دفعها إليه بعد العلم بأنّه يصرفها في تلك المصارف، والعلم بتضييع بعض منه لا يَضُرّ بالحكم المذكور، لأنّ تضييّع بعضٍ وصرفِ الباقي أولىٰ من تضييّع الكُلّ.

مع أنّه يمكن أن يقال: إنّه بعد العجز عن صرفها في مصارفها، وعدم قدرة عادل علىٰ صرفها كذلك، لايجبُ علينا إلّا دفعه لمن يقدر علىٰ ذلك. وامّا أصل الصّرف فليس علينا، لأنّه تكليفُ ذلك الآخذ المتمكّن دون الدّافع، فتأمّل.

ولايخفىٰ عليك أنّه لو تمّ هذا الدّليل لكان دلالته بالنّسبة إلى السّلطان الموافق أتمّ، إلّا أنّ الكلام في تماميّته، لأنّ الدّليل المذكور بعد تسليمه، لا يدلّ إلّا علىٰ وجوب دفع الخراج إلى الجائر، وامّا نفوذ تقبّله، بمعنى أن يكون المعيّن شرعاً على

المتقبّل ما عيّنه الجائر ـ سواء زاد عن أُجرة الأرض أم نقص ـ فلا، إذ لا مانع من أنْ يكون أمره بيد النائب العادل، ولكن يجبُ لأجل هذا الدّليل دفع الأُجرة إلى الجائر.

ولا يقاس هذا الدّليل علىٰ سابقه، حيثُ قلنا بثبوت الملازمة فيها، لأنّ ثبوتها علىٰ هذا الفرض إنّما هو لأجل ثبوت الحقّ له، علىٰ ما صرّح به بعضهم، وتقرير فعل الجائر، وامضاء عمله بعد استيلائه على الحق، ومعلوم أنّ ذلك يقتضي نفوذ تقبيله أيضاً، وامّا هذا الدّليل فلا يقتضي إلّا وجوب اداء الخراج إليه، وإعانته علىٰ تقوية الدّين، وذلك لا يقتضي نفوذ تقبيله، لأنّ الضّرورة تقدّر بقدرها.

قوله ﭬ : «**أوفقها بالقواعد الاحتمال الثّالث**»[١].

وهو انحصار الجواز بصورة اذن الحاكم الّذي هو نائب الامام ﮐ، امّا عدم الجواز في غيرها، فلكونه مطابقاً للأصل وهو حرمة التصرّف في أموال الغير، وعدم ثبوت دليل يَدلُّ على الجواز، لما عرفت من الخدشة في الأدلّة السّابقة، وستعرفُ في أدلّة بعض الأقوال الآتية.

هذا ما يقتضيه ظاهر كلامه حيثُ جَعَل القسم الأوّل انحصار الجواز بما أعطاه السلطان، ومعلوم أنّ المقابلة تقتضي إرادة الانحصار في القسم الثالث، فالقسم الثالث هو أنّه لا يجوزُ التصرّفُ في غير ما أذنَ الحاكم مطلقاً، ـ اذنَ السّلطانُ أم لم يأذن ـ وقد صرّح بهذا المعنىٰ نظراً إلىٰ ظاهر اللّفظ سَيّدُ مشايخنا أدام الله أيام إفاضاته، ولكنّني لا أظنّ إرادة ذلك، بل ادّعي ظهورها في أنّ مفروض المسألة في صورة فقد اذن السّلطان، وأنّ صورة الاذن مفروغُ الجواز، بحيث لا مجال للتأمّل فيه، فكأنّ كلامه في قوّة أن يقال،امّا التصرّف في زمان الغيبة في غير ما أعطاه السّلطان الّذي ثبت جوازه، وحَلّ قبول الخراج منه بالدّليل المعتبر، بحيثُ لا مجال لانكاره، ففيه وجوه:

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ٩.

عدم الجواز مطلقاً.

والجواز مطلقاً.

وعدم الجواز إلّا باذن الحاكم الشّرعي.

والتفصيل.

وهذا المعنىٰ وان كان مخالفاً للظّاهر في بادي النّظر، إلّا أنّ التأمّل في كلامه يعطي ظهوره في ذلك، بل لا يبعد دعوى القطع بأنّ مراده ذلك بعد التأمّلُ حيثُ انّه ﷺ ذكر بُعيد ذلك في حكم ما ينفصل عن الأراضي المفتوحة عنوة كأوراق الأشجار وغيرها أنّ مقتضىٰ القاعدة عدم صحّة أخذها إلّا من السّلطان الجائر، أو من حاكم الشّرع، متفرّعاً علىٰ ما ذكره سابقاً. هذا بظاهره مطابقاً للوجه الثّالث الّذي ادّعىٰ كونه أوفق بالقواعد، بناءً على ما ادّعينا من التّوجيه، مِنْ إرادة انحصار جواز التصرّف في غير ما أعطاه السّلطان باذن الحاكم.

وامّا بناءً على المعنى الآخر، فلا يخفىٰ ما بين الكلامين من التنافي، فضلاً عن صحّة التّفريع عليه، هذا مضافاً إلى أنّه لا شبهة في أنّ انحصار الجواز باذن الحاكم أو الجائر علىٰ سبيل منع الخلو أيضاً له وجهٌ في المقام، بل يظهر مِنْ كلامه في مسألة ما ينفصل عن الأراضي، وكذا في مبحث جوائز السّلطان اختياره لذلك، فلا وجه لتركه في عداد الوجوه مع كونه أوجهها.

وكذا يشهد لما ذكرنا من التّوجيه، ما ذكره مُستشهداً بفتوى الأصحاب بحرمة السّرقة، كما لا يخفىٰ.

هذا كلّه مضافاً إلى إمكان دعوىٰ ظهور توصيف ما أعطاه السّلطان في صدر الكلام بما وصفه في ذلك، حيثُ أنّ سوقها ما أعطاه السّلطان، بل الإنصاف أنّ ظهور التّوصيف في هذا المعنىٰ ممّا لا ينبغي انكاره.

قوله: «ثمّ الرّابع»[١].

وهو التّفصيل بين مَنْ يَستحقُّ اُجرة الأرض ومن لا يستحقّها.

امّا دليل نفي الجواز علىٰ غير المستحقّ، فلما ذكرنا مِنْ كونه مطابقاً للأصل.

وامّا دليل الجواز للمستحقّ، فلما ذكره المصنّف من ظهور بعض الأخبار في ذلك:

منها: رواية أبي بكر الحضرمي:

قال: «دَخَلتُ على أبي عبدالله عليه السلام وعنده ابنه إسماعيل فقال ما يمنعُ ابن أبي سماك أن يخرج ثُبات الشّيعة فيكفونه ما يكفي النّاس ويعطيهم ما يعطي النّاس.

ثمّ قال: لم تركت عطائك؟

قلت: مخافةً علىٰ ديني.

قال: ما منع ابن أبي سماك أن يبعث إليك بعطائك؟ أما علم انّ لك في بيت المال نصيباً!»[٢].

قوله: «مخافةً علىٰ ديني» يحتمل وجهين:

أحدهما: أن يكون خوفه لأجل كونه من جوائز الظّالمين، وعدم عمله بحليّته.

ثانيهما: أن يكون خوفه علىٰ دينه لأجل معاشرة الظّلمة، ومجالستهم الّتي يتوقّف أخذ العطاء عليها الّتي تكون موجبة لعدم مبالات الإنسان بأحكام الشّرع، ووقوعه في مظان ارتكاب ما يخالف الشّرع، لا لأجل أصل العطاء، بل كان حلّية نفس العطاء عنده معلوماً.

ولكنّ الاحتمال الأوّل أظهر بملاحظة صدر الرّواية، مع قطع النظر عن جواب

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ١٠.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٥١ ص ٢١٤.

الإمامعليه السلام، إلّا أنّه بعد ملاحظة جواب الإمامعليه السلام يكون مرجوحاً بالنّسبة إلى الاحتمال، لأنّه لو كان خوفه من نفس العطاء، لكان الأنسب أن يقول الإمامعليه السلام لابأس بذلك، فقوله عليه السلام بعد ذلك لِمَ لم يبعث هو بعطائك يكشف عن أنّ خوفه انّما هو عن ذهابه عند ابن أبي سماك.

وكيف كان، فالظّاهر جواز تصرّف مَنْ له النّصيب بمقدار نصيبه من بيت المال من دون مراجعة السّلطان، ومعلومٌ أنّه لا فرق بعد انتفاء اذن الجائر في اداء الغير نصيبه أو اتّخاذه بنفسه.

ويمكن المناقشة فيه: بإمكان كون ابن أبي سماك مأذوناً من قبل الإمامعليه السلام أو الجائر في التصرّف، بل الظّاهر أنّه كان نائباً عن الجائر، ومأذوناً من قبله في التصرّف بالاذن العام، فلا يثبت به المطلوب.

ومنها: صحيحة ابن سنان:

«أنّ لي أرض خراج وقد ضِقْتُ بها ذرعاً .

فَسَكَتَ هُنيئة فقال: إنّ قائمناعليه السلام لو قَد قام كان نصيبك من الأرض أكثر»[1].

قوله «قد ضِقْتُ بها ذرعاً» كناية عن ضيق الصّدر، فشكىٰ عند الإمامعليه السلام أنّه ضاق خلقه لأجل ذلك، وذلك يحتمل أن يكون مسبّباً عن زيادة خراج الأرض، ويحتمل أن يكون لأجل ابتلائه بأموال الظّلمة، وكونه مأخوذاً منهم، ولكنّ الاحتمال الثاني أظهر بقرينة كلام الإمامعليه السلام في مقام التسلّي فكأنّه قالعليه السلام: لا بأس به لو قام قائمناعليه السلام نصيبك أكثر من ذلك، ومعلوم أنّ ذلك غير مناسب للاحتمال الأوّل، لأنّ المناسب له أن يقول: إنّ الله عزيزٌ ذو انتقام، ينتقم حقّك منهم.

وكيف كان فالظّاهر منها حليّة أرض الخراج لمن كان له نصيب.

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٥ باب ٧٢ ص ١٥٩.

وفيه: أنّه لا يدلّ علىٰ جواز التصرّف من دون إذن الجائر، إذ غاية الأمر تقريره لتلك الأرض، وبيان عدم البأس بذلك، وليس من الممتنع أن يكون اتّخاذه أوّلاً باذن الجائر كما لايخفىٰ.

قوله: «ثمّ الخامس»[1].

ووجه التفصيل:

امّا دليل المنع فقد مرّ غير مرّة.

وامّا الجواز فقد ذكر المصنّف أنّه لعموم أدلّة الإحياء، ولايخفىٰ عليك أنّه إنّما ينفع لو قلنا باستفادة الاذن منها، حتّىٰ بالنّسبة إلى الأراضي الّتي ليست رقبتها للإمامعليه السلام، بل كان وليّاً علىٰ مالكه.

وامّا لو قلنا بعدم استفادة الإذن منها علىٰ هذا النّحو، فلا يتمّ العموم، إذ لا إشكال، بل لا خلاف في أنّ الموات الّتي سبقها مِلْكُ مسلمٍ ليس الاحياء بنفسه سبباً تامّاً في تملّكها، بل يتوقّف على اذن مالكها أو وليّه. والمفروض عدم استفادة اذن الوليّ أعني الإمامعليه السلام بالنّسبة إليها، فلا يفيدُ احيائها في التملّك، ولو استفيد سببيّة الاحياء في هذا الفرد أيضاً من العموم إلّا أنّ الإجماع وأدلّة الطّيب مقيّدةٌ لها بصورة الاذن، وهذا بخلاف الموات الأصلي فانّ الاحياء فيها مملّكٌ ولو لم نقل باستفادة الاذن من تلك الأخبار، لما عرفت في محلّه مِنْ إمكان منع الحاجة إلى الاذن في الموات الأصلي في زمان الغيبة، مضافاً إلىٰ ثبوت الاذن للشّيعة في التصرّف في أموالهم بأخبار التّحليل. ومعلوم أنّ اخبار التّحليل لا تَشْمِلُ هذا المورد لاختصاصها بأموالهم. وقد تبيّن أنّ الأرض المفتوحة عنوةً مال للمسلمين، فلا يشملها.

ولا يخفىٰ عليك، بعد التأمّل فيما ذكرنا من أدلّة الوجوه، وجه الترتّب في

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٣، سطر ١٠.

الأوفقيّة بالقواعد بين الوجوه الثّلاثة، وأنت إذا أحطتَ خُبراً بما ذكرنا، تعلم دليل الوجه الأوّل ووجه ضعفها.

أمّا وجه عدم الجواز، فلمّا مرّ مراراً من كونه مطابقاً للأصل.

وامّا الجواز فيما أعطاه السّلطان، فللأخبار المتكاثرة المتظافرة، والإجماعات المنقولة، وغير ذلك من الوجوه المذكورة.

ووجه الضّعف: انقطاع الأصل المذكور بعموم أدلّة النّيابة، خصوصاً في أمثال المقام، كما أسلفنا بيانه.

وتوهّم: أنّ ولاية الحاكم انّما هي على أموال مَنْ لا وليّ له، وبعد إثبات ولاية الجائر لا يبقىٰ موضوعٌ ولاية الحاكم.

مدفوعٌ: بما علمنا يقيناً من ولاية الإمامعليه السلام في حال حضوره مطلقاً، ولو بعد استيلاء الجائر، وامضاء أعماله لمصلحةٍ، ولم تكن ولايته سبباً لرفع ولاية الإمامعليه السلام، فعلى هذا يتحقّق لنائبه أيضاً هذا النّحو من الولاية الّتي كانت له في حال حضوره، بحيثُ كان له التصرّف فيها مع وجود الجائر، فكذلك لنائبه أيضاً ذلك حال المنوب عنه في كلّ ما ناب عنه، كما لا يخفىٰ.

وامّا دليل الوجه الثّاني: الّذي هو جواز التصرّف فيها مطلقاً، وهذا الوجه بظاهره أضعف الوجوه، بل لايبعد كونه مخالفاً للإجماع، وظاهر هذا القائل عدم التزامه بجواز صرفه الخراج في كلّ ما يشتهيه، بل يقول بوجوب صرفه إلىٰ مصارفه. غاية الأمر أنّه يثبت لآحاد الشيعة الولاية عليها، بحيثُ يجوز له تقبّلها من نفسه، وتقبيلها إلى الغير، وغير ذلك من مناصب الوليّ، فما ذكره المصنّفرحمه الله من التأييد والتّفريع مِنْ جواز التصرّف في عينها مجّاناً، فلعلّه ممّا لا يقول به، بل الظّاهر من كلامه خلافه.

اللّهم إلّا أن يكون مراده غير ما وقفنا علىٰ كلامه.

وكيف كان، فقد استدلّ هذا القائل علىٰ مذهبه باخبار التّحليل:

منها: ما في صحيحة عمر بن يزيد:

«وكلّ ما في أيدي شيعتنا مِنَ الأرض فَهُم فيه محلّلون، يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمناعليه السلام...»[1] الخ.

وفيه: ما عرفت فيما سبق مِنْ لزوم ارتكاب التأويل في هذه الرّواية، امّا بحملها علىٰ مرتبةٍ من الملكيّة بحيثُ يجتمع مع ملكيّة المسلمين، بل الكفّار مِنْ أهل الذمّة وغيرها، لا على الملكيّة الظّاهرية المتعارفة، لقيام الإجماع بل الضّرورة علىٰ عدم جواز السّرقة، والأخذ غصباً، والتصرّف فيها من غير اذنهم للشّيعة، من الأراضي الّتي كانت في أيدي المخالفين وأهل الذمّة، ومعلوم أنّه لو كانت كلّها للإمامعليه السلام بهذه الملكيّة الظّاهرية المتعارفة، لما احتاج بعد تحليله واذنه للشيعة إلى اذن هؤلاء المتصرّفين في جواز التصرّف أصلاً، وهذا ممّا تشهد الضّرورة بخلافه.

وامّا من تخصيصها بالموات الأصلي وغيرها من الأنفال الّتي ثبت كونها للإمامعليه السلام، بهذه الملكيّة الظّاهرية، وغيرها من المحامل، وإلّا فلا يجوز رفع اليد عن الأخبار الكثيرة الدالّة على أنّ الأرض الّتي فتحت عَنوةً للمسلمين.

ومثل ما دلّ على: **«أنّ أرضاً صُولح عليها أهلها فهي لهم»**.

وغير ذلك من الأدلّة الدالّة علىٰ عدم جواز التصرّف فيها إلّا باذن أهلها، مسلماً كان أو كافراً.

وبالجملة: فلا شبهة في أنّ هذا الخبر الشّريف، وكذا ما يوافقه في المضمون بالنّسبة إلى الأراضي الّتي سبقها، مِلْكُ مالكٍ مِنَ المُلّاك الصوريّة الظّاهرية، من المتشابهات الّتي لا يعلم تأويلها، فليُردَّ علمه إليهمعليهم السلام.

وكيف كان، فلا إشكال ولا تأمّل في أنّه لا يجوز لأحد التصرّف في أرض الغير مطلقاً، مسلماً كان أوكافراً إلّا باذن مالكها أو وليّه.

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٨.

وامّا الأرض الموات التي هي مِلْكُ الإمامعليه السلام، فقد أسلفنا الكلام فيها، وقلنا بأنّ الّلازم امّا الالتزام بسقوط الاذن في خصوصها، لتقديم أدلّة الاحياء، وامّا بدعوىٰ ثبوت الإذن منهمعليهم السلام بالنّسبة إليها، وهذا بخلاف الأرض المفتوحة التي قد ذكرنا أنّها مِلْكٌ للمسلمين.

هذا كلّه، مع أنّ مقتضى الإستدلال بهذا الخبر حلّية الأرض الّتي لازمها عدم وجوب دفع الخراج، مع أنّ الظّاهر من كلامه أنّه لا يلتزم بذلك.

ومنها: رواية يونس أو المُعلّى:

«مالكم في هذه الأرض؟

فتبسّم إلى أن قال: فما سَقَتْ أو اِسْتَقَتْ فهو لنا، وما كان لنا فهو لشيعتنا»[1].

وقد ظهر ممّا ذكرنا في الرّواية ضعف الاستدلال بها، مع أنّ مورد السّؤال فيها غير معلوم، فما أضعف ما ذكر في تقريب الاستدلال بهذه الرّواية، بأنّها تدلّ على أنّ ما كان لهم فهو لشيعتهم، والتصرّف في تلك الأراضي كان لهم.

توضيح الضّعف: استلزامه لإثبات الولاية المطلقة الّتي كانت للإمامعليه السلام، بل المناصب كلّها من القَضاء واجراء الحدود وغير ذلك ممّا كان وظيفة الإمامعليه السلام لأحاد الشّيعة، عادلاً كان أم فاسقاً، عالماً أم جاهلاً.

ومنها: ما في رواية ابن المغيرة:

«وَكُلُّ مَنْ والىٰ آبائي فهم في حِلٍّ ممّا في أيديهم مِنْ حقّنا، فَليُبلّغ الشّاهدُ الغائبَ»[2].

وضعف الاستدلال بها: ظاهرٌ لأنّ المراد من الحقّ، أموالهم الّتي في أيدي

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٥٠.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٤ ص ٥٤٧.

مواليهم، لا حقّ الولاية والتصرّف، بقرينة ما في أيديهم، مع أنّه لو سلّم شموله لحقّ الولاية وغيرها من حقوق الأئمّة عليهم السلام، لَيَردُ عليه ما أوردنا علىٰ سابقه من إثبات الولاية المطلقة على الغُيّب والأيتام والسّفهة والمجانين، بل أولويّة كلّ أحد، فاسقاً كان أو عادلاً، بمن عداه من أموالهم وأنفسهم، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله كان أولىٰ بالمؤمنين من أموالهم وأنفسهم، وكذا الأئمّة عليهم السلام .

وكذا لا يخفىٰ ما في الاستدلال برواية المرقي :

«**النّاسُ كلّهم يعيشون في فضل مظلمتنا، إلّا أنّا أحللنا شيعتنا من ذلك**»[١].

ولا يخفىٰ عليك أنّ الاستدلال بهذه الرّوايات لإثبات الأولويّة لآحاد الشيعة، ممّا لا ينبغي صدوره عن الفقيه.

قوله رحمه الله : «**لعموم مَنْ سَبَق إلى ما لم يسبقه المؤمن فهو أحقّ به**»[٢].

أقول: التمسّك به لإثبات حلّ التصرّف في المنفصلات عن الأراضي لايخلو عن إشكال، لأنّ الأجزاء المنفصلة، امّا أن يكون انفصالها سبباً لخروجها عن صدق كونها جزء منها عرفاً كأوراق الأشجار والأخشاب الثّابتة عليها، وامّا لا.

وعلى الأوّل: لا شبهة في دخولها تحت عنوان منافع الأرض، فيجبُ صَرفها في منافع المسلمين كسائر منافعها.

وعلى الثّاني: فلا إشكال في إجراء حُكم الكلّ عليها، في ابقاء عينها، ووجوب منافعها في مصالحهم.

نعم، لو خرج بذلك عن قابليّة الانتفاع بمنافعها، لا يبعد الالتزام بجواز صرف عينها أو قيمتها في مصالحهم، وامّا جواز سبق كلّ أحد إلى تملّكه، فلا إشكال في فساده بعد الالتزام بكونها مِلْكاً للمسلمين، ووجوب إبقاء عينها، وصرف منافعها

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ٩ باب ٣ ص ٥٣٩ .

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ١٥ .

في مصالحهم، لأنّها شيءٌ مملوك ومالكها معلومٌ عيناً كانت أو منفعة، فلا يجوز التصرّف فيها إلّا باذن وليّها، فكما أنّه لا تخرج هذه الأجزاء بانفصالها عن مِلْك شخصٍ عن كونها مملوكة له ولا يجوز أخذها، فكذا فيما نحن فيه.

وبالجملة: حالها ليس إلّا كالوقف على المسلمين، علىٰ أن تُصرّف في مصارفهم بمقتضى ما يراه المتولّي المصلحة لهم، فكما أنّه لا يجوز اتلاف أجزائها بالانفصال، كذلك فيما نحن فيه.

ثمّ انّا لو شككنا في حُكم هذه الأجزاء، إمّا لأجل عدم الالتزام بكون رقبة تلك الأراضي ملكاً للمسلمين، وقلنا بأنّ الواجب انّما هو صرف خراجها في مصالحهم، أو قلنا بأنّ رقبتها وإنْ كانتْ ملكاً لهم، إلّا أنّ المُتعيّن صرفها في مصالحهم، انّما هو خصوص الخراج دون مطلق المنفعة، وأنّ ما عدا الخراج من المنافع لم يبيّن حكمها في تلك الأدلّة، كما أنّ أدلّة وجوب إبقاء الأرض إنّما تَنصرف إلى نفس رقبتها دون المنفصلة عنها بعد انفصالها.

فحينئذٍ نقول: إنْ خرجت تلك الأجزاء بالانفصال عن صدق اسم الأرض، ودخلت في منافعها، فهي ممّا لم يُبيّن حكمها، وإنْ كانت باقية علىٰ صدق الاسم وكونها جزءً، فأدلّة وجوب الإبقاء منصرفة عنها.

وكيف كان، فيمكن التمسّك بعموم «مَنْ سبق» بناء على كونه مسبوقاً لبيان الموضوع، فيكون بمنزلة قولنا السّبق سببٌ لأن يكون السّابق أحقُّ من غيره، نظير قولنا البيع سببٌ للملك، ففي كلّ مورد خاصّ نشكّ في السببيّة، نتمسّك بالعموم.

ولايخفىٰ عليك أنّ دلالةالرّواية على المدّعىٰ، علىالقول بكونها ملكاً للمسلمين حقيقة، لا تتمّ إلّا بدعوىٰ شمولها لمثل اللّقطة بأن يقال انّ التصرّف في زمان ضياعها ممّا لم يسبقه مسلمٌ، فهذا السّابق المتصرّف فيها أولىٰ بها في التصرّف فيها، ما دام ضايعاً، لا في أصل ملكيّة الرّقبة، فانّ مالكها الأصلي أسبقُ من هذا المتصرّف، فلو وُجِدَ كان له انتزاعها علىٰ فرض انحصار الدّليل بذلك، وكذا فيما نحن فيه.

وامّا لو لم نقل فيها بذلك، بل قلنا بأنّه قد سبقه مسلمٌ آخر في الملكيّة، والّنماء إنّما هو فرع المِلْك، وحُكم جواز الّتمليك قد ثَبَتَ بدليل آخر، فلا وَقْعَ لهذا الدّليل في موردها كما لا يخفىٰ.

هذا كلّه إن قلنا بكونه مسوقاً لبيان الموضوع، ولو قلنا بكونه مسوقاً لبيان الحكم، أعني حقيّة السّابق، لا مسببيّته بالسّبق، فلا مجال للتمسّك بالعموم، لأنّه بمنزلة أن يقال السّبق فيما يجوز السَّبقُ إليه، يعني في الأشياء المباحة الّتي يجوز التصرّف فيها موجبٌ لأحقيّة السّابق، كما في المساجد والمدارس وغيرها. ومعلوم أنّه لو شكّ في أصل الجواز لا يجوز التمسّك بالعموم لأنّ إثبات الحكم فرع إحراز الموضوع، وما يُتراءىٰ من بعض مِنَ التمسّك بالعموم في الشُّبهات المصداقيّة فقد بيّنا في محلّه أنّه علىٰ خلاف التّحقيق.

هذا، ولكنّ الظّاهر من العلماء ـ علىٰ ما نَسب إليهم سيّد مشايخنا أدام الله أيّام إفاضاته ـ استفادة كون الخبر مسوقاً لبيان السببيّة، حيثُ أنّهم كثيراً ما يتمسّكون بها في الموارد المشتبهة مثل الّلقطة ونظائرها، فليتأمّل.

ثمّ أنّه لا يخفىٰ أنّ أكثر الأحكام الثّابتة لتلك الأراضي المفتوحة عنوةٌ مخالفٌ للأصول والقواعد، فلابدّ في موارد الاشتباه وعدم ثبوت كونها مفتوحة عنوةً من الرّجوع إليها، فلو شكّ في أرضٍ أنّها هل هي ممّا فُتِحتْ عَنوةً، أو ممّا صُولح عليها أهلها، على أن تكون الأرض للمسلمين، وعليهم خراجها، أو على أن تكون الأرض لهم؟ فمقتضى الاستصحاب بقائها علىٰ ملك الكفّار، وعدم انتقالها إلى المسلمين بالصّلح، أو الفتح عنوة، فيجوزُ ابتياعها مِنْ ورثتهم، وغير ذلك من أحكام الملكيّة.

وكذا لو شكّ في أنّها هل هي كانت مُحياةً حال الفتح حتىٰ تُنقل إلى المسلمين، أو مواتاً بالأصالة؟ فالأصل عدم طروّ الحياة، وبقائها علىٰ ملك الإمامعليه‌السلام .

وامّا لو علم بخروج أرض عن ملك أهلها، ولكن شَكّ في أنّه هل باد عنها أهلها

فتكون ملكاً للإمامعليه السلام، أو فُتِحتْ عَنوةً حتّىٰ تكون ملكاً للمسلمين؟ فلا أصل هنا، لأنّ كلّاً منها حادثٌ مسبوقٌ بالعدم، فلابدّ في احكامها من الرّجوع إلى القواعد، من عدم جواز التصرّف فيها إلّا باذن الحاكم، وعدم جواز خراجها، وغير ذلك من الأحكام.

نعم لو قلنا بأصالة الاباحة في الأملاك، لأتّجه القول بالجواز في الموارد المشتبهة كما لا يخفىٰ.

ثمّ أنّه هل تثبتُ تلك الأراضي بقول المؤرّخين ومطلق الظنّ، فيه وجهان:

أظهرهما العدم، لأنّ إثبات حجّية قول المؤرّخين، خصوصاً لو لم يكونوا عدولاً مشكلٌ، واجراء دليل الانسداد في مثل المقام لإثبات حجّية مطلق الظنّ أشكل، إذ لا يلزم محذورٌ من الرّجوع إلى الأصل، وكذا العمل بالاحتياط في الموارد المشكوكة، فلا يتمّ مقدّمات دليل الانسداد حتّىٰ يثبت حجّية مطلق الظّن.

***

[في بيع الوقف]

قوله: «لا يجوز بيع الوقف إجماعاً...»(١)

أقول: يمكن أنْ يُدّعىٰ الإجماع علىٰ وجهٍ به يؤسّس الأصل في المسألة، بأن يقال لا خلاف في عدم جواز بيع الوقف، ما لم يرد دليلٌ علىٰ جوازه، بل عليه الإجماع، و يدلّ علىٰ كونه إجماعياً تشبّث المجوّزين في الموارد الخاصّة بالأدلّة الحاكمة عليه في خصوصها، مِنَ العقل والنّقل، بحيثُ لو لم يتمّ الدّليل لكان ملتزماً بالفساد، كما يظهر لمن تتبّع في أدلّتهم، فمتىٰ شككنا في موردٍ خاصٍّ، فالحكمُ عدم جواز البيع بالإجماع، ولا يضادّه وجود الخلاف في خصوص المورد، لأنّ المجوّزين زعموا نهوض الدّليل على الجواز، وعلى فرض بطلان دليلهم هم أيضاً قائلون بالفساد.

ثمّ أنّه بعد الغضّ عن الإجماع نقول:

إنّ صيغة الوقف بمدلولها اللّفظي تدلّ علىٰ عدم جواز النّقل، كما اعترف به المصنّف في بعض كلماته، لأنّ الوقف إمّا بمعنى الحبس والمنع عن طرق التصرّف، أو بمعنى التوقّف والسّكوت، فمعنىٰ «وقفته» يعني جَعلته محبُوساً عن طرق التّغيّرات، أو بمعنى أثبته علىٰ حاله، وأبقيته بحيثُ لا يتغيّر، أو ما يؤدّي هذا المعنى.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٣، سطر ٣٣.

وعن «القاموس»: «وَقَفَ يَقِفُ وقوفاً، أي قام قائماً، ووقفته أنا فَعَلتُ به ما وَقَف، كوقفته وأوقفته» انتهىٰ.

والظّاهر أنّ جميع معاني الوقف مأخوذ من هذا المعنى، واستفادة معنى الحبس والمنع باعتبار خصوصيّات الموارد وتعلّقاته ببعض الموارد.

وكيف كان، فمعنىٰ «وَقَف العين على أشخاصٍ لينتفعوا بها» حبسها عليهم وابقائها لهم، بحيثُ لا يتعدّىٰ إلىٰ غيرهم، إذ لا معنىٰ لحبس العين ووقفها إلّا ذلك، وليس في مفهومه التّمليك أصلاً، وتأديته بلفظ التصدّق أحياناً لا يوجب صرف لفظ الوقف عن معناه، وإرادة التّمليك المطلق منه كما لا يخفىٰ، بل انضمام القرينة إليه يوجبُ صرف لفظ التصدّق عن ظاهره، وإرادة معنى الوقف منه. ألا ترى أنّه لو لم ينضمّ إليه القرينة لكان اللّازم حمله على التّمليك المطلق.

وبما ذكرنا ظَهَر أنّ الدّوام ما دام الوصف، وكذا عدم جواز النّقل والتغيّر قد اعتبر في ماهية ما أنشأه الواقف، وما ذكره المصنّف‏ﷺ ردّاً على البعض من النّقض بتأديته بلفظ التصدّق، لعلّه في غير محلّه، بل هو منافٍ لما في بعض كلامه حيث قال:

«**إنّ جواز البيع لا يُنافي صيغة الوقف، وإنْ أُخذ فيها الدّوام والمنع عن المعاوضة عليه**»[1] انتهىٰ.

فنقول: بعد معرفة اعتبار الدّوام في مفهوم الوقف، وأنّ الوقف أراد بإنشائه، لا حاجة لنا إلى تجشّم الاستدلال لإثبات الملزوم، وعدم جواز النّقل، بعد إثبات صحّته، وكونه ماضياً في نظر الشّارع فامضاء ما أنشأه الواقف مساوقٌ للزّوم وعدم جواز النّقل، وكونه ممضىً في نظر الشّارع معنىٰ صحّته فجواز البيع يناقض صحّته كما ذكره البعض، لا لزومه، كما اختاره المصنّف.

وعلىٰ ما ذكرنا ظهر اتّجاه الاستدلال بقوله‏ﷺ: «**الوقوفُ علىٰ حَسَب ما**

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٤ سطر ١٢.

يُوقفها أهلها»[1] لإثبات عدم جواز البيع، لأنّ الواقف أراد الدّوام بحسب ظـاهر لفظه، فالوقف انّما يكون علىٰ حسبه، وامّا لو لم نقل باعتبار الدّوام في مدلول الصّيغة، لما كان للاستدلال به وجهٌ، إذ لم يُعلم إرادته من الخارج، ولو بانضمام قرينة، بـل الأصل الّلفظي يقتضي عدمها، كما لايخفىٰ، ولايخفىٰ عليك، أنّ هذه الرّواية انّما تدلّ علىٰ صحّة الوقف، وكونه علىٰ حسب إنشاء الواقف، فدلالتها عـلىٰ عـدم جـواز التصرّف في العين الموقوفة، انّما هو لأجل إرادة الواقف هذا المعنىٰ، لا لكونها مسوقةً لبيان عدم جواز التصرّف، فاستدلال المصنّف بها كـعبارته السّـابقةُ يـنافي مـا اختاره مِنْ عدم المنافاة بين الصحّة وجواز البيع، فافهم.

قوله: «ورواية أبي عليّ...»[2].

أقول: دلالتها واضحة.

قوله: «مثل ما عن الرّبعي»[3].

أقول: تماميّة الاستدلال بهذه الرّواية بعد فرض كون الوصف وصـفاً لنـوع الصّدقة لا لخصوص شخصها، موقوفةٌ علىٰ قيام دليل مِن الإجمـاع وغـيره عـلى انحصار الوقف بهذا النّوع، كما أنّ هذا النّوع منها منحصر في الوقف.

قوله: «إذ لم يقل أحدٌ ممّن أجاز بيع الوقف...»[4].

أقول وفيه: أنّ من الجائز أنْ يكون خروجها عن الوقفيّة ما دام متّصفاً بهذا الوصف المجوّز للنّقل، وبعد زوال الوصف يرجُع إلى الوقفيّة علىٰ فرض بقاء المحلّ، والدليل علىٰ رجوعه إليها الإجماع.

والحاصل: أنّه بعد إثبات منافاة صحّة الوقف مع جـواز البـيع، لابـدّ مـن

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ٢ ص ١٧٥.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ٣٣.

٣ ـ كتاب المكاسب: ١٦٣ سطر ٣٥.

٤ ـ كتاب المكاسب: ١٦٤ سطر ٢١.

الالتزام بخروجه عن الوقفيّة ما دام جائزاً بيعه.

وامّا رجوعه إلى الوقفيّة، فلا استبعاد فيه بعد مساعدة الدّليل عليه؛ فحينئذٍ نقول لو دلّ دليلٌ علىٰ جواز بيع الوقف، ولزوم تبديل ثمنها بعينٍ اُخرىٰ، لم يكن إنشاء الواقف في هذا الجزء من الزّمان ممضىً بالنّسبة إلىٰ شخص العين، لو تعلّق غرضه ببقائها بعينها في هذا الزّمان أيضاً.

وامّا المُمضىٰ في هذا الزّمان، هو إبقاء ماليّتها لا خصوصيّتها، ولو قام الدّليل علىٰ جواز اتلاف الثّمن أيضاً كشدّة حاجة أربابها، لم يكن انشائه بالنّسبة إلىٰ هذا الجزء مُمضىً أصلاً، لا بالنّسبة إلىٰ خصوصيّة العين، ولا بالنّسبة إلىٰ مقدار ماليّته.

ولا يخفىٰ عليك أنّ دليل الـمُجوّز للنّقل إنّما يدلُّ علىٰ جوازه ما دام هذا الوصف موجوداً كشدّة الحاجة مثلاً، فهذا الدّليل يخصّص دليل الامضاء بالنّسبة إلى هذا الجزء من الزّمان، مثلاً معنى الوقف إلزام إبقاء العين إلى آخر الأبد، ودليل الامضاء يدلّ على صحّة هذا الإلزام ووجوب الإبقاء، ودليل المجوّز يدلّ على أنّ الالتزام بالزام الواقف في زمان شدّة الحاجة ليس ملازم، فهذا الدّليل يُخصّص دليل الإمضاء.

وبهذا التّقرير ظهر أنّه لا حاجة لنا في التمسّك بالإجماع لرجوعها إلى الوقفيّة بعد زوال الوصف الموجب لجواز البيع، لأنّ دليل الامضاء بنفسه يَدلُّ علىٰ عدم الجواز إلى آخر الأبد. غاية الأمر أنّه خرج منه جزءٌ من الزّمان، وبقي الباقي تحت العموم. نعم لو باعه في هذا الجزء لم يبق له موردٌ لا أنّه مخصّصٌ أيضاً بالنّسبة إلىٰ زوال العذر أيضاً، فافهم.

قوله: «قال الاسكافي...»[١].

أقول: لا يكاد ينطبق العبارة المنقولة علىٰ مدّعاه مِنْ عدم جواز البيع إلّا في

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٦٤ سطر ٣٣.

الآلات، لذكر الرّقيق فيها، وهي نفس العين، فهذا منافٍ مطلقاً لما نُقل عنه، وخروجه عن محلّ الخلاف مستلزم، لعدم وقوع الخلاف في نفس العين أيضاً كالمنافع، وهو كما ترىٰ، والظّاهر أنّ العبارة المحكيّة لا تخلو عن سقط فلابدّ من مراجعة الأصل.

قوله: «امّا الإجماع فواضحٌ»(١).

أقول: هذا إذا ادّعي الإجماع علىٰ خصوص كلّ من الموارد، وامّا علىٰ ما ادعيناه مِنْ انعقاده على أصل القاعدة في الوقف، ففساد منعه في الموارد المشكوكة غَيرُ خفيّ، كما أشرنا إليه سابقاً.

قوله: «فلانصرافه إلىٰ غير هذه الحالة»(٢).

أقول: منع الانصراف لا يخلو عن وجهٍ، وإنْ كان الأوجه ذلك، وسنشير إلى كلا الوجهين فيما بعدُ إن شاء الله.

قوله: «لأنّه مسوقٌ لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة في إنشاء الوقف»(٣).

أقول: لايخفىٰ أنّ ما ذكره‌ في هذا المقام منافٍ لاستدلاله علىٰ عدم جواز البيع بهذه الرّواية، إذ بعد تسليم عدم كونه من الكيفيّات المرسومة، وعدم اعتباره في مفهوم الوقف، لا وجه للاستدلال بها عليه، كما أشرنا إليه سابقاً، وهذا بخلاف ما اخترناه من اعتبار الحبس والدّوام في مفهوم الوقف، فانّها تدلّ علىٰ عدم جواز بيعه

---

١ و ٢ و ٣ ـ كتاب المكاسب: ١٦٨ سطر ٥.

مطلقاً، بالتّقريب المتقدّم.

ولو قلنا: بكونها مسوقةً لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة، كما هو الظّاهر منها، إذ علىٰ هذا التّقدير أيضاً تدلّ علىٰ صحّة الوقف، وكونه ممضىً في نظر الشّارع في الجملة، وإنْ لم تكن مسوقةً لبيان شرائط نفس الوقف. وقد عرفت أنّ امضاء ما أنشأه الواقف بعد اعتبار الدّوام والحبس فيما أنشأه مساوقٌ لعدم جواز البيع، فهي تدلّ علىٰ عدم جواز البيع في الوقف الصّحيح، وهذا هو المقصود في هذا المقام.

ويمكنُ أن يوجّه الاستدلال بها بناءً علىٰ مختار المصنّف﵀، بمنافاة البيع للكيفيّات المرسومة، حيثُ انّ الواقف جَعَل نفس العين ملكاً لجميع البطون، فبيعه منافٍ لما جعله الواقف.

ثمّ أنّ انتقال العين عن مِلْك الواقف إلىٰ جميع البطون لايخلو تعقّله عن غموضٍ واشكال، إذ ليست الملكيّة كالمنافع مشخّصةً بالزّمان، بل هو معنىً واحد بسيطٌ غيرُ قابل للتّجزئة بحسب الزّمان، إذ الزّمان ليس إلّا ظرفاً له، فكيف يُعقل أنْ ينقل أوّلاً إلى البطن الأوّل ثم منه إلى البطن اللّاحق، ألا ترىٰ أنّه لايجوز أن يقول «وهبتك» ثمّ و«هبتُ ابنك» لأنّه قد خرجت العين بالهبة الأُولىٰ عن مِلْك المالك، وليس له بعد ذلك عليها سلطنةٌ حتّىٰ يهبها لغيره، فكذلك فيما نحن فيه.

ويمكن أن يذبّ عن الإشكال:

تارةً: بأن يقال إنّ الشّارع أعطاهُ ولاية مطلقة على العين حين انشائه، بحيثُ يستتبع انشائه انتقالها من ملّاكها إلى آخر الأبد، فتلك العين وإن خرجتْ عن مِلْك الواقف، إلّا أنّ الواقف أنشأ حال الخروج سبب انتقالها من مِلْك كلّ بطنٍ وانتقالها إلى البطن اللّاحق، وقد أمضاه الشّارع، فهذا نظير إنشاء التّوارث بين الأجانب وامضاء الشارع.

ويُبعّدُ هذا الاحتمال ما يقال مِنْ أنّ كلّ بطن يتلقّى الملك من الواقف دون

سابقه.

وأُخرىٰ: بأن يقال بأنّ الواقف لاحظ جميع البطون إجمالاً أوّلاً في عرضٍ واحدٍ وارتبطهم بعُلقةٍ، بمعنىٰ أنّه ملّكهُم جميعاً في آنٍ واحد، فتعلّق كلّ منهم بها بحسب قابليّته واستعداده، فهم مشتركون فيها بالشّركة الطوليّة، لا العرضيّة حتّىٰ يوجب الإشاعة.

توضيحه: أنّ الواقف أنشأ سبب تمليك الجميع بنفس انشائه، ولكنّ التملّك لا يتحقّق إلّا بعد قابليّة الحلّ، فهذا السّبب يحدثُ تمام المِلْك، أعني الملكيّة الفعليّة بالنّسبة إلىٰ مَنْ كان منهم واجداً للشّرط، ويحدثُ الملكيّة إنشائيّةً بالنّسبة إلى من سيوجد، وبعد وجوده يؤثّر السّبب التّام تأثيره بالنّسبة إليه أيضاً، وكلّ منهما مالكٌ للمجموع، لأنّ الشأنيّة والفعليّة لا يتزاحمان.

ولا تتوهّم أنّ ما ذكرنا التزامٌ بمالكيّة المعدوم، وليس هذا من تبعيض الملكيّة بالزّمان من شيء، كما لايخفىٰ، وهي ممتنعةٌ لأنّ ذلك ـ أعني الملكيّة الشأنيّة ـ ليس إلّا إثبات حقّ له بإيجاد سببها، وذلك ليس مستحيلاً، بل وقوعه عند العقلاء ليس بعزيزٍ، لما فيه من شأنيّة الوجود ونحوٌ من الاعتبار. ألا ترىٰ أنّهم يهتّمون في أمر أولادهم ولو معدومين، ويخصّونهم بأشياء حال الوصيّة وغير ذلك من الموارد. وقد ورد في الخبر في باب الأراضي المفتوحة عَنوة أنّها للمسلمين لمن كان منهم موجوداً ولو لم يخلق بعد، وكما أنّه يصير المعدوم بسبب بعض الأسباب ذا حقٍّ، كذلك قد يتعلّق الحقُّ بالمعدوم في نظر العقلاء، كما إذا اشترى الثّمرة قبل بدوّ الصّلاح، وغير ذلك.

وكيف كان، فثبوت الحقّ للمعدوم، وتعلّق الحقّ به إذا كان له نحوٌ من الاعتبار ليس أمراً محالاً.

نعم الممتنع ثبوت الاختصاص الخاصّ المعبّر عنه بالمالكيّة الفعليّة للمعدوم، أو هو كالسّواد والبياض المتوقّف حصوله علىٰ موضوع متأصّل خارجي.

وكيف كان، فلا خفاء في إمكان ثبوت المالكيّة الشأنيّة، بمعنىٰ تحقّق سببها بالنّسبة إليه لمن لم يُخلقْ بعدُ، وبهذا يثبت له الحقّ بحيثُ يمنع البطن الأوّل عن البيع، وإلّا فمقتضىٰ قاعدة الملكيّة جواز بيعها، إذ الكلام علىٰ تقدير عدم اعتبار الدّوام في ماهيّة الوقف، وأنّ المانع عن البيع تعلّق حقّ سائر البطون، ولا خفاء في أنّ مجرّد حدوث السبب موجب لثبوت الحقّ في نظر العقلاء بحيث يمنع جواز التصرّف فيه مطلقاً كالعين المرهونة، حيث انّ الرّهانة موجبة لتعلّق حقّ الغير بها في نظر الشّارع وبه يخرج عن الطّلقية فخروج الوقف عن الطّلقية بعد تسليم تعلّق حقّ البطن الّلاحق به غير محتاج إلىٰ تكلّف الاستدلال.

وهذا التّقريب بحسب الظّاهر هو اسدّ وأتقن إلّا أنّ الصّورة لا تخلو عن دقّة.

ثمّ انّك قد عرفت فيما تقدّم أنّ حقيقة الوقف ليس إلّا حبس العين الموقوفة ومنعها عن طروّ المتغيّرات عليها وليس معناه تمليك الطّبقات على النحو الخاص، وإلّا لجاز تأديته بلفظ ملّكتهم وغير ذلك ممّا يؤدّي هذا المعنىٰ، مع أنّ ظاهرهم عدم جوازه إلّا بألفاظ خاصّة، مثل وقفت وحبست العين وسلبت منفعتها وتصدّقت بها على أن يكون كذا وابّدت.

ومعلوم أنّه لا شيء منها يدلّ على إنشاء الملكيّة للموقوف عليهم وإلّا لم يقع التشاجر فيما بين العلماء من حيث تعيين المالك للوقف، بل المتّبع انّما هو إنشاء الواقف فاختلافهم في التّعيين حيث ذهب شرذمة إلى أنّه باقٍ علىٰ ملك الواقف، وآخرون إلىٰ أنّه ملك لله تعالىٰ، والأكثر إلى أنّه ملك للموقوف عليهم في غير المساجد وشبهها كاشف عن دلالة الصّيغة بمدلولها الّلفظي على التّمليك، مع أنّه لو كان بمعنى التّمليك، للزم أن يكون استعماله في المساجد وشبهها ممّا يكون من قبيل فكّ الملك مجازاً أو اشتراكاً، مع انّا لا نفهم منها في موارد استعماله إلّا معنىً واحداً، مع أنّ المجاز والاشتراك خلاف الأصل.

نعم، قد يتوهّم إنشائه بلفظ التصدّق تمليك لهم حيث انّ التصدّق عليهم اعطاء

لهم، نظير الهبة إلّا أنّ الإنصاف عدم ظهور لفظ الصّدقة في الإعطاء، وما ذكره بعض الّلغويين من أنّ الصّدقة أن يعطي الغير به تبرّعاً بقصد القربة وغير ذلك ممّا يؤدّي هذا المعنىٰ. فالظاهر انّه من التّفسير باللّوازم لا بيان معناها الحقيقي، بل للظّاهر انّ الصّدقة من الصّدق والصّداقة والتّصادق وهو معنىً ينطبق في كلّ مورد علىٰ عنوان ملازم له، نظير الصّلح، حيث انّه يقتضي في كلّ مورد شيئاً ان وقع على العين المتنازع فيها يقتضي التّمليك فاذا وقع في آخر يقتضي عنواناً آخر فليس معنى الصّدقة هو التّمليك والإعطاء حقيقة، بل هو من لوازم انشاء مفهومها منطبقاً على الشيء الخارجي مثلاً.

ويكشف عن عدم كون التّمليك معناه حقيقة ما ورد من أنّ كلّ معروف صدقة، والظّاهر أنّ المراد من كونه صدقة يعني أنّه أمر منطبق علىٰ محلّه فهو حسن ومطلوب لله تعالىٰ.

وكيف كان، فالظّاهر أنّ لفظ «الوقف» وما يؤدّي معناه ليس مستقلّاً في التّمليك، بل معناه مفهوم آخر يستلزم التّمليك في بعض الموارد باعتبار خصوصيّات المقام، نظير الصّلح، مثلاً وقف الشّيء الخاص علىٰ زيد وأولاده نسلاً بعد نسل حتّىٰ يرث الله الأرض حِبسةً عليهم، لينتفعوا به، وتسليطهم عليه إلى آخر الأبد، فينتزع منه ملكيتهم بوجود آثار الملك لهم بالنّسبة إليه.

وامّا عدم جواز البيع الّذي هو أيضاً من آثاره، فانّما هو لأمرٍ آخر، أعني تعلّق حقّ البطون بها، أو حقّ الواقف وغير ذلك من الموانع الّتي سنذكرها إن شاء الله، وليس معنى الملكيّة الاختصاص الخاصّ الّذي أنشأه الواقف بانشائه آثاره ولوازمه، فانشاء التّمليك تبعيٌّ تطفّلي يتبعُ انشاء الآثار، كبيع توابع المبيع، قَصَده الواقف أم لم يقصده، وليست الّلوازم لازمة للّفظ حتىٰ يندرج في الدّلالات الّلفظيّة، وينتقض بنحو المساجد ممّا لا يتحقّق فيه التّمليك قطعاً، إذ الّلفظ لا يدلّ إلّا علىٰ حبس العين، وخروجها عن تحت سلطنة الواقف، وذكر المسلمين في الوقفيّات العامّة

لبيان المصرف، لا اختصاصهم بالعلقة الخاصّة، أعني مالكيّة الانتفاع إلى آخر الأبد، حتّىٰ ينتزع منه مالكيّتهم، بناءً على القول بكونها كالمشاعر. وهذا بخلاف الأوقاف الخاصّة، فانّها تدلّ علىٰ قصر الانتفاع عليهم إلى آخر الأبد، وهو مستلزمٌ لتمليكهم إيّاها، لأجل الملازمة العرفيّة الغير البيّنة، ولا يتوقّف إنشائها على الالتفات بها، كما عرفت في توابع المبيع، فانّ الوقف في تلك الموارد مساوقٌ لإنشاء الملكيّة، وليست الملازمة بينهما أمراً بيّناً حتّىٰ يتبادر من الّلفظ حين اطلاقه، بل لابدّ في فهمها من تصوّر الّلازم والملزوم ثمّ الجزم بالّلزوم، فافهم.

ولا يذهبُ عليك أنّ الكلام في هذا المقام فيما يكون مِلْكاً للموقوف عليهم، لا ما لا يكون مِلْكاً لأحدٍ، كما صرّح به المصنّف في صدر المبحث ، وحينئذٍ فنقول:

الأقوىٰ جواز بيع العين الموقوفة في الصّورة المفروضة، وهي أن يخرب الوقف بحيثُ لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، لقيام المقتضي وارتفاع المانع، لأنّه عينٌ مملوكةٌ قابلة لأن تُقابَل بالّثمن، والمانع المتصوّر في بيع الوقف:

امّا تعلّق حقّ الله تعالىٰ به وكون بيعه تقوية له.

وامّا كونه متعلّقاً لحقّه لاشتراط قصد التقرّب فيه.

وكون بدله عليه تعالىٰ، وكونها صدقةً جاريةً في سبيله، يقتضي إفاضة بدله عليه ما دامت تلك العين موقوفة، فكأنّ الموقوف عليهم ينتفعون ما دامت العين باقية في ملك الله تعالىٰ، وليست ملكيّته تعالىٰ لذلك علىٰ نحو سائر أملاكه، وكونه سبحانه مالك الرّقاب، بل لها نوع خصوصيّةٍ نظير حقّه المتعلّق بالخمس.

وامّا تعلّق حقّ الواقف، لأنّ تفويت المحلّ موجبٌ لانقطاع الفيض منه تعالىٰ عليه بحذائه.

وامّا تعلّق حقّ سائر البطون عليه:

إمّا لكونه منافياً لما أنشأه الواقف، مِنْ كونها موقوفةً حتىٰ يرثَ اللهُ الأرضَ فيمنعه أدلّة صحّة الوقف.

وامّا كون المنع حُكماً تعبديّاً مِنْ قِبَل الشّارع مستفاداً من عموم «**لا يجوز شراء الوقف**»[١].

وامّا استصحاب المنع السّابق.

وامّا الاجماع علىٰ عدم الجواز بالتّقريب المتقدّم منّا في تأسيس الأصل.

وشيء من تلك الوجوه لا يصلحُ لأن يكون مانعاً في الصّورة المفروضة ، بل أكثرها هو السّبب للجواز علىٰ هذا الفرض، إذ مراعاة حقّ الله تعالىٰ، وحقّ الواقف والبطون، يقتضي تبديلها إلى ما ينتفع به البطون، حتّىٰ لا ينقطع فيضه تعالىٰ عنهم بانتفاعهم من حقّه تعالىٰ وعن الواقف بافاضة البدل إليه، كما أنّ انشاء الواقف أيضاً يقتضي ذلك، لأنّ غرضه من وقفه انتفاع البطون، وهو لا يحصل بالفرض إلّا بالتّبديل، فيجبُ مراعاةً لغرضه.

فإن قلت: إنّ كون غرضه انتفاع البطون غيرُ موجبٍ لتقيّد وقفيّة العين الموقوفة مِنْ حيثُ شخصها بما إذا كانت منتفعةً بها، وتعميمه لها بالنّسبة إليها بجميع مراتبه الّتي ينتفع بها، بحيثُ يشمل الأبدال، إذ خصوصيّة الدّاعي لا توجب صرف الإنشاء عن ظاهره، أعني وقفيّة هذا الشّيء الخاصّ بخصوصه، ألا ترىٰ أنّه لو ابتاع شيئاً لغرضٍ، لو لم يترتّب عليه غرضه لا نحكم بفساد البيع، بأنْ يقال إنّه أنشأ ابتياع شيء خاصٍ أعني ما يترتّب عليه هذا الغرض، وامّا ما لم يترتّب عليه ذلك، فلم يَقصُد ابتياعه، وهذا ظاهرٌ لا سترة عليه.

قلنا: شأن الغرض ذلك مهما أمكن، إذ العاقل الشّاعر لا يفعل فعلاً لا يترتّب عليه غرضه.

وامّا عدم التّقييد في مسألة البيع، فلأنّ الدّاعي على الشّراء أوّلاً وإنْ كان ذلك، إلّا أنّ عدم التمكّن من التوصّل إليه بحيث ينطبق علىٰ غرضه، حيثُ أنّه لا يبيع أحد

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١٧ ص ٣٦٤.

متاعه مقيّداً، فهذا ألجأه إلىٰ تعميم الغرض، وانشاء ابتياع ما يحتمل ترتّب الغرض الأوّلي عليه، وهذا الغرض الثّانوي مطابق لما أنشأه، وهذا هو السرّ فيما ذكروا من أنّ خصوص العلّة يُخصّص الحكم وعمومها يعمّمه.

وإنْ أبيت عن صيرورته قرينةً لتعميم الإنشاء بحيثُ يشمل الأبدال، فلا محيص من الالتزام بتخصيصه بالنّسبة إلىٰ خصوص العين بما إذا كانت منتفعة بها، فكونها وقفاً في الصّورة المفروضة مرادٌ ولا منشأ به، وهذا المقدار ينفعنا في هذا المقام، أعني إثبات عدم كونه مانعاً، مع أنّه لو قلنا بانشاء وقفيّته مطلقاً، بحيثُ يشمل هذه الصّورة مطلقاً، لا يضرّ لما نحن بصدده، إذ لا خفاء في أنّه أثبت الحقّ للبطون أيضاً بانشائه، فتبديله بما ينتفع به البطون جمعٌ بين الحقّين، ومراعاةٌ لكلا الانشائين، ورفعٌ للتّنافي من البين بقدر ما يمكن، إذ لو اقتصرنا على العمل بظاهر انشائه الأوّل، للزم الغاء انشائه الثاني رأساً، وهذا بخلاف العكس، حيثُ أنّ الإنشاء الأوّل أيضاً ملحوظ في الجملة.

هذا كلّه مع أنّه قد يخطر بالبال أنّ الوقفيّة وإنْ تعلّقت بهذا الشّيء، إلّا انّها أمرٌ اعتباري عند العقلاء موجودة بوجود منشأ انتزاعها، ولها نحو إعتبارٍ عندهم، بحيثُ يعقل انفكاكه عمّا انتزع منه وتقويته بشيء آخر، فيقال هذا قيمة ذاك، وليس من انتقال العَرَض المستحيل، كما لا يخفىٰ، بعد ملاحظة كونها أمراً اعتباريّاً صرفاً.

فحينئذٍ نقول: كما أنّه يجبُ ابقاء خصوص العين بانشاء الواقف، كذلك يجبُ ابقاء ماليّته أيضاً بذلك. غاية الأمر أنّه ما دامت العين باقية تابعة لتلك العين، إذ لا يعقل الانفكاك في هذه الحالة، أعني بقاء شخصها علىٰ صفة الوقفيّة، وانفكاك قيمتها عنها غير متقوّمة بشيء آخر، وهذا بخلاف ما لو كانت العين في عُرضة الضّياع، فانّ العقلاء يهتمّون حينئذٍ بحفظ القيمة في ضمن عينٍ أخرىٰ، ففقد الخصوصيّة ليس إلّا كتلف بعض العين لدى العقلاء في وجوب إبقاء الباقي، وكون الباقي ممّا أنشأ الواقف وقفيّته تبعاً لا أصالةً، وقد مرّ ما يستأنس به لذلك في مسألة ضمان المثلي والقيمي

فراجع.

ثمّ أنّ لازم هذا الوجه تبعيّة البدل للقيمة، لكون مطلوبيّتها مقدّمةً لحفظه، بخلاف البدل حيثُ أنّ القيمة كانت أمراً منتزعاً منها فعليّاً يجبُ تبديل البدل ببدلٍ ثالث صوناً للقيمة عن النّقصان فتأمّل(١).

وامّا قولهعليه السلام : «**لا يجوز شراء الوقف**»(٢) فانّه وإن أمكن أن يقال بشموله مطلقاً، حتىٰ في صورةٍ لم ينتفع به أصلاً، خصوصاً بملاحظة قول السّائل في بعض الرّوايات «**فلمّا عمرّتها**» إلّا أنّ دعوى الانصراف أيضاً ليس كلّ البعيد، لعدم صلاحيّة الأرض لخروجها عن قابليّة انتفاع الموقوف بها مطلقاً، بحيثُ لا ينتفع بها أصلاً كالحيوان المذبوح، حتّىٰ ينصرف اطلاق الحكم إليها.

سلّمنا عدم الانصراف فيها مطلقاً، إلّا أنّ الظاهر من هذا الكلام أنّه مسوقٌ لبيان عدم جواز بيع الوقف، بحيثُ يكون الّثمن مال البايع، والمبيع ملكاً للمشتري، إذ المتبادر من بيع الوقف، ما إذا باع لنفسه، بحيثُ يتصرّف في ثمنه كيف يشاء.

وامّا لو اقتضى مصلحة الموقوف عليهم لذلك، فباع عنهم ولايةً، فلا ينصرف إليه هذا الاطلاق، مع أنّه لو تمّ دلالته لكان معارضاً بما هو أقوىٰ ممّا دلّ علىٰ جواز البيع في هذه الصّورة، مِنْ حرمة تضييع الأموال، ووجوب حفظه، معتضداً بحكم العقل بقبح التضيّيع، وحسن إيصال الحقّ إلىٰ مَنْ له الحقّ، مع أنّك قد عرفت أنّ البيع في هذه الصّورة من لوازم ما أنشأه الواقف، فيدلّ علىٰ لزومه أدلّة صحّة الوقف،

---

١ ـ وجه التأمّل: أنّ ابقائها علىٰ مرتبةٍ خاصّةٍ ليس لهواً منوطاً باختيار المكلّف، بل قد عرفت انّها ليست أمراً متأصّلاً خارجيّاً، وإنّما هي أمراً منتزعاً عن المبدل أو البدل، فمعنى ابقائها ليس إلّا تبديل منشأ انتزاعها بما يترتّب عليه غرض الواقف من انتفاع البطون، والتّبديل لا يكون إلّا بمنزلة تعميم الموضوع، وتلبّس البدل لباس المبدل، فمعنى ابقائها ليس إلّا إيجادها متقوّماً بالبدل علىٰ نحو كانت متحقّقة في ضمن المبدل، لا ابقاء المرتبة الخاصّة المتحقّقة في ضمن المبدل في احراز منه قابليّته للانتفاع، فافهم.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١٧ ص ٣٦٤.

وعموم «**الوُقُوفُ عَلىٰ ما يُوقِفها أهلها**»[١].

وامّا استصحاب الوقف فلا مجرىٰ له، بعد نهوض الدّليل على الجواز، وعلى هذا فالحكم المذكور ممّا لا إشكال فيه.

وامّا الاجماع بالتّقريب المتقدّم، فهو أيضاً لا ينهضُ لإثبات المنع بعد قيام الدّليل، كما لا يخفىٰ.

وقد يُتمسّك للجواز في الصّورة المفروضة بعموم ما دلّ علىٰ سلطنة النّاس على أموالهم بتقريب أن يقال إنّه يدلّ علىٰ جواز تصرّف المالك في مِلْكه كيف يشاء، غاية الأمر أنّه مخصّصٌ بالنّسبة إلى العين الموقوفة، ما دامت باقية علىٰ قابلية الانتفاع، بالإجماع، والأدلّة الدالّة علىٰ عدم جواز بيع الوقف، ولا يصلحُ شيءٌ منها لتخصيص دليل السّلطنة بالنّسبة إلى الصّورة المفروضة.

ولا يعارضه اطلاق قوله ﷺ: «**لا يجوز شراء الوقف**»[٢]، لما عرفت من منع انصرافه إلى هذه الصّورة، مع انّه لو سلّم التعارض، فالنّسبة بينهما عمومٌ من وجه، لافتراق الثاني عن الأوّل في الأوقاف الغير المملوكة، كالمساجد والرّباطات ـ على القول بكونها تحريراً كالمشاعر ـ والأوّل عن الثّاني في غير الأوقاف من الأملاك. ولا ريب أنّ الأخذ بالأوّل أرجح، وإنْ كانَ الثاني أقلَّ افراداً لاعتضاده بالعقل وعمل الأصحاب بمضمونه في المقام، إلّا عن نادرٍ علىٰ ما حُكيٰ، وضعف الثّاني في شموله لهذه الصّورة كما مرّ مراراً.

وفيه أوّلاً: أنّه ليس لدليل السّلطنة عمومٌ ازماني حتّىٰ يتمسّك به حال الشّك في سلطنة المالك علىٰ مِلْكٍ خاصٍّ، وقد خرج سابقاً عن تحت سلطنته قطعاً، بل لا يدلّ إلّا علىٰ سلطنته علىٰ جميع أفراد المِلْك، فبعد خروج فردٍ عن تحت العام بدليل

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٩ باب ٢ ص ١٧٥.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١٧ ص ٣٦٤.

خاصّ كانَ المتّبع استصحاب حُكم المخصّص، لو لم يكن هنا عمومٌ أو إطـلاق، لا عموم العام.

والخدشة في الاستصحاب بما ذكره المصنّف، مِنْ أنّ البيع السّابق كان في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، وهو انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعاً، فعلها في غير محلّها:

لأنّه إن أراد عليّة وجوب العمل بمقتضى الوقف، للمنع عن جواز البيع، فينعدمُ المعلول عن انعدام علّته.

ففيه: عدم انحصار العلّة في ذلك، بل قد عرفت تنصيص الروايات علىٰ عدم الجواز.

وإنْ لم نقل بشمولها لما نحن فيه، بدعوى انصرافها منه، وكذا لنهوض الاجماع على المنع حال كونها مُنتفعاً بها، واحتمال انحصار مدرك الاجماع بما عليه المصنّف ﷺ مِنْ وجوب العمل بمقتضى الوقف، كاحتمال عليّته للنّهي الشّرعي الوارد في الأخبار، غيرُ ضائرٍ في جريان الاستصحاب، بعد قيام احتمال كونه حُكماً تعبّدياً معلولاً عن غير علّة معلومة عندنا.

ودعوى القطع بانحصار المدرك، غير مسموعة.

كيف، ولو كان كذلك لما شككنا في الحكم بـعد زوال وصـف الانـتفاع، كـما لا يخفىٰ!

وإنْ أراد منع احـراز مـوضوع المسـتصحب بـاحتمال مـدخليّة الوصـف في الموضوع، بدعوىٰ أنّ الممنوع عن البيع سابقاً إنّما هي العين المنتفع بها، وامّا العـين الغير المنتفع بها فلم نعلم لها حالة سابقة.

ففيه: أنّ الموضوع عند العرف ذات العين الموقوفة، مِنْ دون اعتبار وصـفٍ فيه، كما أنّ عدم جواز الشّراء في الرّواية محمولٌ عليها، وهي باقيةٌ قطعاً، واحـتمال مدخلية الوصف في الموضوع عند التّحقيق غيرُ مانعٍ عن جريان الاستصحاب، لأنّه

مبنيٌّ على المسامحات العرفيّة، كاستصحاب نجاسة الماء المتغيّر بعد زوال تغيّره مِنْ قِبَل نفسه، وكيف لا، ولو بُني الأمر على التّدقيق لم يجز الاستصحاب في حُكمٍ أصلاً، إلّا في النّسخ على تأمّل، إذ لا يعقل الشك في الحكم بعد احراز الموضوع الواقعي، لأنّ الشّروط المعتبرة في الحكم كلّها عند التّحليل قيودٌ للموضوع، فافهم.

وثانياً: أنّ ما ذكره مِنْ تعارض الدّليلين، وأنّ النسبة بينهما عموم من وجه.

ففيه: بعد تسليم عدم مملوكيّة المساجد وما شابهها، وإنْ كانت النّسبة كذلك، إلّا أنّ الثاني في حكم الأخصّ مطلقاً، لا لكونه أقلُّ افراداً، بل لأجل كونه نصّاً في مورد المعارضة، فلا يعارضه ظهور الآخر.

وما ذكر سيّد مشايخنا ـ أدام الله أيّام إفاضاته ـ مِنْ أنّ نصوصيّة أحد العامّين في بعض موارد الاجتماع لا يوجب انقلاب النّسبة ورفَع المعارضة بينهما، بتخصيص الآخر به، مع أنّ النّسبة بعد خروج المتيقّن أيضاً، عمومٌ من وجه، فكون العام الثاني فيما نحن فيه، أعني «**لا يجوز بيع الوقف**» نصّاً في الوقف المملوك المنتفع به، لا يقتضي تقديمه على العام الأوّل، حتّىٰ في الموارد التي يكون شمولها على السويّة، لا يخلو عن تأمّل:

أمّا أوّلاً: فلأنّ وصف كون العين قابلة للانتفاع وغير قابلة له ليس مُكثّراً للفرد، وانّما هو مِنْ أحوال الفرد الخارج عن تحت عموم دليل السّلطنة قطعاً، وبعد تسليم صراحة العام الثّاني ـ أعني عدم جواز البيع ـ في شمول هذا الفرد في الحال الأوّل، لا يبقى للتمسّك بدليل السلطنة في الحال الثاني مجالٌ، فيبقىٰ ظهور الآخر بالنّسبة إليه سليماً عن المعارض.

الّلهم إلّا أن يقال: إنّ الكلام إنّما هو بعد تسليم ظهور دليل السّلطنة في العموم الأزماني، فيكون الأحوال من مشخّصات الفرد.

وثانياً: انّ العلم بإرادة بعض الأفراد من مورد الاجتماع، ولو بقرينة خارجيّة، بمنزلة ذكر القيد في الكلام، فلو قال «أكرم العلماء ولا تُكرم أهل بغداد» مثلاً، وعَلمنا

من الخارج أنّ بعض علمائهم ممّن يجب إكرامهم، ويكون مراداً من العام الأوّل، فيكون العام في قوّة أنْ يقال «اكرم العلماء بغدادياً كان أو غير بغدادي» مثلاً، ولا شبهة أنّه حينئذٍ يُقدّم هذا العام على العام الأوّل، لكونه أظهر، وصيرورته بانضمام القرينة إليه أخصّ مطلقاً من الأوّل.

وثالثاً: أنّ أصل الحقيقة في «أكرم العلماء» سليمٌ عن المعارض، ولا يُرفع اليد عنها لأجل الشكّ، لأنّه شكّ بدويّ ولا يُعارضه أصل الحقيقة في الآخر، للعلم الإجمالي بطروّ التّخصيص عليه، وليس الالتزام بخروج عنوان البغداديّين التزاماً بورود تخصيصٍ زائدٍ على القدر المتيقّن حتّىٰ يُدفع بالأصل، إذ لا فرق في قلّة التّخصيص وكثرته بين كون الخارج خصوص زيد أو عنوان النّحويين أو البغداديّين، حيثُ أنّ مخالفة الظّاهر في كلّ منهما شيءٌ واحدٌ، وبعدما علمنا إجمالاً بطروّ تخصيصٍ مردّدٍ بين خصوص زيد أو عنوان البغداديّين، نرفُع إجمال المُخصّص باجراء أصل الحقيقة في العام الآخر، فكذا فيما نحن فيه.

نعم يُمكن أنْ يقال: بعد تسليم شمول السّلطنة لمثل هذه الأملاك الغير المطلقة، وظهورها في العموم الأزماني، بتقديمه علىٰ دليل نفي الجواز في الصّورة المفروضة، ولو كان أخصّ مطلقاً، إذ رُبَّ عامٍ يُقدّم على الخاصّ باعتبار بعض الخصوصيّات المكتنفة به الموجبة لأظهريّته في مورد التّعارض وهي موجودة في المقام، مثل ما صرّح به المُستدلّ عند ذكر المرجّح، فتدبّر.

ولا يخفىٰ عليك، أنّ مقتضى ما ذكرنا اشتراك جميع البطون في ثمن الوقف، علىٰ نحو اشتراكهم في المبيع، بمعنى أنّه مِلْك للموجودين فعلاً، وللمعدومين شأناً، بالتّقريب المتقدّم فيما سبق، ضرورة اقتضاء المبادلة ذلك، إذ لا يعقل خروج المُبدل عن مِلْك الجميع، ودخول عوضه في ملك بعض منهم.

وامّا كون المُبدل مِلْكاً للجميع، فقد عرفت أنّه من لوازم انشاء المالك في الأوقاف الخاصّة، وتحقّق منشأه في الخارج، لما ذكرنا من أنّ قصر شيء علىٰ شخصٍ

لينتفع به إلى آخر الأبد مساوقٌ لإنشاء ملكيّته له، ولا تنفكّ هذه عنها في الوجود الخارجي عند العرف، وليست الملكيّة إلّا أمراً اعتباريّاً عرفياً، فاذا كان الانـتفاع مقصوراً على الجميع، فلازمه ـ أعني الملكية ـ انّما يكون للجميع.

هذا على ما اخترناه من عدم دلالة لفظ الوقف بمدلوله اللّفظي على التمليك.

وامّا إذا قلنا بدلالته عليه لفظاً، وانّ معنىٰ «وقفيّته عليهم» ملكيّتهم جميعاً، فالأمر أوضح، فلو أغضمنا النّظر عمّا ذكرنا مِنْ اقتضاء نفس الملكيّة اشتراك الجميع أيضاً، نلتزم بالاشتراك مراعاةً لحقّ الله، وحقّ الواقف، وأدلّة صحّة الوقف، وامضاء انشاء الواقف، لما عرفت من أنّ ذكر البطون، واختصاص الجميع بالانتفاع الخاص مع عدم بقاء الشّخص إلى آخر الأبد غالباً، قـرينة نـوعيّة عـلى أنّ خـصوصيّتها الشخصيّةُ ملغاةٌ في نظره حال التعذّر، وأنّه من قبيل تعدّد المطلوب واقـعاً، سـواء التفت إلىٰ صورة تلفه حين الإنشاء أم لم يلتفت، إذ ليس الالتفات شرطاً في حصول الإنشاء التّبعي وصيرورته من قبيل تعدّد المطلب، بل يكفي ارتكازه في الذّهن حال إنشائه.

هذا كلّه مضافاً إلى ما ذكرنا أخيراً من أنّه لو قلنا بأنّ إنشاء الواقف انّما يعلّق بشخص العين بخصوصها، يجبُ أيضاً إبقاء ماليّتها عند تـلف الخـصوصيّة المـاليّة، كنفس الشخصيّة حتىٰ ينتفع به ذوو الحقوق.

وإن شئت قلت: إنّا نقتصر على ظاهر الإنشائين، ونقول إنّ العين الشخصية مملوكةٌ للجميع بمقتضىٰ إنشاء الواقف، والعقل والعرف يحكم بأنّه لو تـعذّر إيـصال شخص العين إلىٰ ذوي الحقوق يجب إيصال بدلها إليهم، وقد يُتخيّل في المقام كـما ذهب إليه بعضٌ وتردّد فـيه آخـرون ـ عـلىٰ مـا حُكـي ـ أنّ الثّمـن انّمـا يختصّ بالموجودين منهم، سواء قلنا بكونه معنى التّمليك أو بكون التّمليك من لوازم المنشأ، نظراً إلى أنّ الوقفية انّما تعلّقت بخصوص العين، فتمليك العين على البطون وحبسها عليهم بخصوصياتهم انّما يعلّق على فرض إمكان الوصول إليهم، فانشائه تمليكُ ما لا

يمكن الوصول إليه لغوٌ صرف، بل إنّما يؤثّر الإنشاء بالنّسبة إلى من يُدركها بوصف الانتفاع، واذا انتهى إلى أحدٍ فهو مِلْكٌ له، لايكون متعلّقاً لحقّ الآخرين فيختصّ بثمنه.

فهذا القول بعكس ما أشرنا إليه من أنّ إنشاء اشتراك الجميع قرينةٌ على أعمّية الموضوع مِنْ شخص العين بخصوصيّتها، فهذا القائل يزعم أنّ تعلّق الجنس بشخص العين قرينة على إرادة تمليك ما أمكن الوصول إليه، وذكر الجميع أنّما هو لبيان تمليك الجميع على فرض الوصول إليهم، والدّليل عليه حكم العقل بامتناع صيرورته ملكاً لمن لا يكون قابلاً لتملّكه في شيء من الأزمنة، فلا يعقل صيرورته ذا حقٍّ بالنّسبة إلىٰ شخص العين بخصوصها، ولعلّ هذا الّذي ذكرنا، محطّ أنظار هؤلاء الأعلام في حُكمهم باختصاص الموجودين بالثّمن، فلا يرد عليهم ما أورده المصنّف بما ملخّصه أنّه يُنافي قضيّة المعاوضة، حيثُ انّها تقتضي كون البدل مِلْكاً للجميع علىٰ نحو المبدل.

نعم، يرد عليهم أنّه منافٍ لغرض الواقفين نوعاً، وأنّ حالهم تشهدُ بأنّ انشائهم ليس مقصوراً علىٰ خصوص العين مطلقاً، حتّىٰ حال التعذّر، بل داعيهم على الوقف ليس إلّا انتفاع البطون جميعاً، وهو لا يحصل إلّا بالغاء قيد الخصوصيّة حال التعذّر، فهذا انّما هو من قبيل تعدّد المطلوب كما ذكرنا مراراً.

مضافاً إلى أنّه يمكن أن يقال إنّ امتناع وصول شخص العين إلى المعدومين، لا ينافي ملاحظة الواقف إيّاهم حال انشائه في عرض الموجودين، وإنشاء التّمليك لهم علىٰ نحو الموجودين، إذ من البيّن أنّه لا مدخل لإمكان وصول العين إليهم وعدمه في صحّة الإنشاء وعدمها، وهذا الانشاء يؤثّر أثره في كلّ مورد بحسبه، فبالنّسبة إلى الموجودين يؤثّر التّمليك الفعلي، وبالنّسبة إلى المعدومين التّمليك الشأني، ومن آثار حصول المِلْك، بل ومطلق الحقّ، وجوب مراعاته على الوليّ، وإيصاله إلى المولّىٰ عليه بقدر الإمكان، فانْ كانَ ايصال شخصه عليه ممكناً فهو، وإلّا فيبدله بما يَصلُ

إليه، فانشاء الواقف بالنّسبة إلى الجميع علىٰ نهج سواء، إنّما يؤثّر بمقدار قابليّة المحلّ.

هذا كلّه مضافاً إلى أنّه لو بنينا علىٰ ذلك لم يبق لنا دليلٌ علىٰ جواز البيع حتّىٰ يتشاجر في ثمنه، لما عرفت مِنْ أنّ دليل الجواز، امّا ملاحظة إنشاء الواقف وغرضه، وامّا مراعات حقّه أو حقّ الله تعالىٰ أو حقّ البطون، والكلُّ منتفٍ في المقام، فاستحصاب المنع محكّمٌ، واطلاق عدم جواز شراء الوقف ناهض.

ودعوى انصرافه عن مثل المقام غَيرُ مسموعة، إذ غاية ما أمكننا من الصَّرف، دعوىٰ ظهوره في صورة استقلال البائع بالبيع، وإرادة صرف ثمنه في مصارفه. فالمقام علىٰ هذا الفرض من أفراده، وهذا بخلاف ما لو راعى الوليّ مصلحة جميع البطون وباعه ولايةً عنهم، بحيثُ يُبدّله إلى ما يصل انتفاعه إليهم.

اللّهم إلّا أن يُتمسّك بما دلّ علىٰ حرمة تضييع الأموال، وفيه تأمّل، ولازم هذا القول الالتزام بخروج الوقف عن الوقفيّة بعد ذهاب وصف الانتفاع، وصيرورته ملكاً للموجودين، باع أو لم يبع، فيتوارثونه مع وجود العين، ولو وجد الموقوف عليهم بعد ذلك، ولا أظنّ أحداً يلتزم منهم بذلك، فتأمّل.

قوله: «وفيه مع عدم انضباط حقّ[1] الواقف»[2].

أقول: بعد تسليم كون المماثل أقرب إلىٰ مقصود الواقف نوعاً، جواز التخطّي عنه مشكل، لما استمرّ عليه طريقة العلماء خَلَفاً عن سلف، لا يزالون يَستدلّون في هذه الأبواب ممّا كان الأمر فيه موكولاً إلى المُنشئ فيما انشأه، وأنّ الشّارع أمضىٰ علىٰ ما اختاره كالوصايا والأوقاف بغرض الواقف، فكأنّهم استفادوا من دليل الامضاء، وأنّ المُتّبع هو غرض الواقف، وإنْ لم ينطبق انشائه علىٰ تمام غرضه ـ كما يظهر ذلك لمن تتبّع كلماتهم في باب الوصيّة وهذا الباب في الموارد المتفرّقة ـ

---

١ ـ في كتاب المكاسب: غرض.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٦٩ سطر ١.

واختلافهم في بعض المقامات، إنّما يرجع إلىٰ منع الصّغرىٰ، بحيثُ لو أحرز مقصود الموصي أو الواقف لا أظنّهم يتخطّون عن مقصوده.

ولا تتوهّم: أنّ وجوب اتّباع المقصود، لا ينفعُ في إثبات وجوب مراعاة ما هو الأقرب إلى مقصوده، كما فيما نحن فيه، لأنّ استدلالهم بكونه أقرب إلى مقصود الواقف، مبنيٌّ على اندراج ما هو الأقرب في نفس المقصود، عند التعذّر عن الخصوصيّة الشخصيّة، فمرادهم من مقصود الواقف في هذا المقام، هو كون هذا الشيء الخاص بخصوصيّته وقفاً، ولكنّ المسلّم عندهم عدم مدخليّة الخصوصيّة في ماهية المقصود مطلقاً، بل لها مدخليّة فيها بقدر الإمكان، فكلّما تعذّرت الخصوصيّة يتقوّم المقصود بالمرتبة الّتي فوقها، فمرادهم مِن كونه أقرب إلىٰ مقصود الواقف، إثباتُ أنّ هذه هي المرتبة التي يتقوّم المقصود بها عند تعذّر تلك الخصوصيّة، فلا يمكن التخطّي عنه بإيجاد ما هو أبعد عن تلك المرتبة عند التمكّن من تلك المرتبة، فكأنّهم متسالمون في أنّ غرض الواقفين وما شابههم يكون مترتّباً بحسب النّوع، نظير تعدّد المطلوب في الأوامر، وهذه الدّعوىٰ ليست كلّ البعيد، كما يشهدُ به المُنصف بعد الرّجوع إلىٰ وجدانه السَّليم.

نعم، إنّما الإشكال في اثبات وجوب متابعة اغراضهم مطلقاً، ولو لم يكن مقيّداً لظاهر انشائه بحسب متفاهم العُرف، خصوصاً لو لم تكن تلك الدّواعي متصوّرةً له حال انشائه، إذ لو كان متصوّراً له لأمكن أن يقال انّ الإنشاء مُنزّلٌ عليه ومنطبقٌ معه، إذ العاقل الشّاعر لا يُنشئ إلّا ما هو مقصوده، وقصور الّلفظ عن الإفادة لا يُزاحم تعميم الإنشاء، ولذا استكشاف المقصود قرينة على إرادة التّعميم، كما في قولك «لا تأكل الرّمان لأنّه حامض»، هذا إذا كان متصوّراً حال الإنشاء.

وامّا إذا لم يكن متصوّراً في زمانٍ، فلا يوجب تعميم الإنشاء حتّىٰ يكون العلمُ به قرينةً على إرادة التّعميم، إذ الإنشاء فرع التصوّر وهو مفقود في الفرض، وحينئذٍ يشكل الحكم بوجوب اتّباعه، لعدم مساعدة دليلٍ عليه، إنّما الدّليل علىٰ وجوب

اتّباع انشاء الواقف واجرائه علىٰ حسب ما أوقفه، لا مطلق دواعيه، كما صرّح به المصنّف.

اللّهم إلّا أن يُدّعىٰ الإجماع بملاحظة تسالم العلماء، في نظائر المقام من الأبواب، علىٰ وجوب اتّباع دواعي الواقف مطلقاً فيكون حكماً تعبّدياً خارجاً عن مقتضى إنشاء الواقف.

وفيه: منعٌ مطلقٌ كما لا يخفىٰ.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ إحراز الدّاعي كافٍ في تنزيل الإنشاء عليه، ولا حاجة إلى كونه متصوّراً حال الإنشاء مفصّلاً، بل ارتكازه في الذّهن كافٍ في صحّة انشائه، لكونه مُستلزماً للتصوّر الإجمالي حال الإنشاء، ولا يتوقّفُ صحّته على أزيد من ذلك، كما هو الشّأن في جميع المقامات الّتي تُحكم بكونها من قبيل تعدّد المطلق، فعلىٰ هذا، لو علمنا بغرض الواقف، ولو بحسب النّوع أنّه كذا انشائه علىٰ وفق غرضه، ولا تغترّ بما لا نلتزم في بعض المقامات، كما إذا علمنا بأنّ مقصوده إعانة العلماء ولكنّه اعتقد أشخاصاً مخصوصة أنّهم منهم، فوقف عليهم مع أنّهم ليسوا بعالمين في الواقع، وحينئذٍ نقول إنّ الدّاعي لا يوجبُ صَرف الإنشاء عن ظاهره، وهذا بظاهره منافٍ لما سبق.

إلّا أنّ التأمّل الصّادق يدفعه، لثبوت الفرق بين المقامين، حيثُ أنّ داعيه في القسم الأوّل باقٍ بحاله إلىٰ حين الإنشاء، فكأنّ الإنشاء أنّما نشأ مِنْ ذلك الدّاعي، وهذا بخلاف المثال، حيثُ أنّ اعتقاده بكونهم عالمين صار سبباً لأحداث داعٍ آخر مغايرٍ للدّاعي الأوّلي، لا يوجبُ إخراج الموضوع المأخوذ في ظاهر الإنشاء عن الموضوعيّة، نعم لو لم يعتبرهم علىٰ نحو الموضوعيّة، بل ذكرهم لبيان المصرف، وكونهم من مصاديق الموضوع، لأتّجه القول بكونه وقفاً على العلماء، وكون هذا خارجاً عنهم، وهذا هو السرّ في الحكم بصحّة الصّلاة في البِيَعْ والكَنائس، ولولا النصّ الخاص في المقام، حيث أنّ الظّاهر من الواقف وقفها للعبادة، إلّا أنّه تخيّل أهل

مذهبه فخصّهم بالذّكر من باب الموضوعيّة، ولا يخفى أنّ تشخيص كلٍّ من القسمين تابعٌ لما يفهمه العرف في الخصوصيّات الواردة من ظواهر الإنشاءات، والمتّبع هو ذلك في ذلك الباب.

هذا، ولكنّ الإنصاف عدم جواز الاعتماد بذلك في رفع اليد عن القاعدة المُسلّمة، مِنْ عدم جواز تصرّف الوليّ علىٰ خلاف مصلحة المولّىٰ عليه، لعدم حصول الاطمئنان بترتّب ا لغرض، فضلاً عن تعدّد الإنشاء عند التّحليل، حتّىٰ يثبتَ به حقّ للواقف، فيجبُ تقديمه علىٰ حقّ الموقوف عليهم بمقتضىٰ عموم «الوقوف عَلى حَسَب ما يُوقفها أهلها» حينئذٍ مقتضى الاحتياط الّلازم شراء المماثل، ما لم يُزاحمه حتّىٰ مراعاة الأصلحيّة، لعدم جواز شراء غيره، وليس المقام ممّا يجوز فيه التمسّك بعموم السّلطنة، كما عرفت سابقاً من خروج الوقف بمراتبه عن تحت العموم، بل لا يبعد استصحاب المخصّص بأن يقال هذه الماليّة كانت ممنوعة عن التصرّف ما دامت متقوّمة بالمبدل ولا يعلم حال تقوّمه بالبدل، أهو يجوز التصرّف فيها، أم لا؟ فيستصحب المنع، فتدبّر.

هذا إذا لم يكن الغير أصلح، وامّا على فرض الأصلحيّة ففيه إشكال، بل لا يبعدُ تقديم حقّ الموقوف عليهم، لما عرفت من عدم ثبوت حقّ الواقف، مع أنّه لا دليل علىٰ جواز هذا التصرّف، وعدم اعتبارهم طيب نفسهم في شيء أصلاً، بل قد يتسرّى الإشكال في القسم الأوّل أيضاً، إذ لا منافاة بين عدم ثبوت السّلطنة لهم مطلقاً، واعتبارهم رضاهم في الجملة، كما يقتضي دليل الطّيب، فتدبّر.

هذا ممّا ظهر لي من خيرة سيّد مشايخنا أدام الله أيّام إفاضاته في مجلس الدّرس، ولكن الأظهر لديّ وجوب مراعاة المماثل بقدر الإمكان، ويدلّ عليه وجوه:

الأوّل: اهمال الأدلّة المجوّزة للبيع، لأنّها أدلّة محصورة لا تقتضي شيئاً بتجويز مطلق المبادلة، بل غاية ما يستفاد منها جواز تبديلها بشيء يصل إلى البطون

اللّاحقة، وينتفع به البطن الموجود، والقدر المتيقّن جواز تبديله إلى المماثل، وامّا يكون مقدّمة لتحصيل المماثل، بل تجويز تبديلها بالّثمن ولو مقدّمة لاشتراء المماثل، مع التمكّن من التبديل بالمماثل، بحيثُ لا يلزم ذلك ضرراً في الوقف، لا يخلو عن إشكال.

والحاصل: أنّ المقدار المعلوم من جواز التبديل هو هذا القسم، وامّا فيما عداه فاستصحاب المنع مُحكّمٌ.

الثاني: أنّ نفس الملكيّة تقتضي ذلك، كما عرفت في ضمان المثلي والقيمي.

توضيحه: أنّا ولو قلنا بتعلّق الوقف بخصوص شخص العين، وأغمضنا عن دعوى كونه من قبيل تعدّد المطلوب، إلّا أنّه يستفاد منه تمليك جميع البطون، امّا مطابقةً، أو بالتّقريب المتقدّم الّذي إخترناه.

وحينئذٍ نقول: إنّ مِنْ أحكام ملكيّة شيء أنّه إذا وجب على أحدٍ أدائه إلى صاحبه أنّه يجبُ ردّ شخصه أوّلاً، وعلىٰ فرض التعذّر فما هو أقرب إلىٰ ملكه، وليس للمالك عدم القبول، ومطالبة شيء آخر كالقيمة في المثلي، كما حقّقناه مفصّلاً في محلّه.

ومن المعلوم أنّ حقيقة مِلْك الجميع في الوقف ليس إلّا ما أنشأه الواقف، فعند التّعذر يجبُ على المتولّي الواجب عليه إيصاله إليهم، وحفظه عن الضّياع والتّلف مراعاة ما هو الأقرب إلى منشأه، ولعلّ هذا هو السرّ في تَشبُّث العلماء بغرض الواقف، فتدبّر.

الثالث: أنّ أوصاف العين الموقوفة عند التّحليل أجزاءٌ عقليّة، كما عرفت تفصيلها عند التعرّض لماليّة العين، فكما يجبُ إبقاء ذات العين، وكلُّ جزءٍ من أجزائها مستقلّاً، ـ ولو حال التعذّر من ابقاء سائر الأجزاء ـ كذا يجبُ إبقاء سائر أوصافها بقدر الإمكان، وما دام شخص العين باقية لا يعقلُ إبقاء أوصافها منفكّةً عنها، بل هي تابعة للخصوصيّة وبعد تعذّر الخصوصيّة لابدّ في ابقائها في موضوعٍ آخر.

ولا تتوهّم: أنّه من انتقال العرض المستحيل وانّه منافٍ للقاعدة المبرهنة مِنْ أنّ العَرَض ينعدم بانعدام الموضوع.

إذ لا يُدّعىٰ بقاء الأوصاف الخاصّة المتقوّمة بشخص العين بعد انعدام هذا الموضوع، بل نقول إنّه أمر عرفيٌّ قابل للبقاء مسامحةً، مثلاً لو تعهّد شخص أنْ يُسكنَ زيداً في دار خاصّة، وانهدم الدّار وأسكنه في مكانٍ آخر، يقولون إنّه وفّىٰ بعهده، مع أنّه لم يتعهّد إلّا بسكنى هذه الدّار المُنهدمة الخارجة عن صلاحيّة السكنىٰ، إلّا أنّ العرف يتسامحون ويزعمون أنّه من آثاره، وأنّ إسكانه في دار أُخرىٰ، أو في حجرة من داره، أو حجرته الخاصّة الّتي يَسكن فيها بنفسه، كلّها وفاءٌ بذلك العهد متدرجاً بمقتضىٰ مراتب التعذّر.

والحاصل: أنّه يمكن ابقاء الوصف بعد ذهاب الموصوف بنحوٍ من المُسامحة العرفيّة، فإذا كان ذلك من مقتضيات عقدٍ لازمٍ يجبُ الوفاء به، فافهم وتأمّل.

قوله: «وعن المحقّق الكركي أنّه قال التحقيق...»(١).

أقول: إنّه أنّا قلنا بأنّ شرط البيع منافٍ لمقتضىٰ عقد الوقف لكونه مقتضياً للتأبيد، والبيع ينافيه، فالتدقيق أن يقال كلّ موضع يقتضي نفس التأبيد ذلك، صحّ الشّرط، كما إذا كان البيع وتبديلها إلىٰ ما يصل إلى البطون موجباً لبقاء الوقف بنحو من المسامحة، لِما عَرفت من أنّ تأبيد الواقف لما ليس قابلاً للبقاء إلى آخر الأبد ملازمٌ لذلك، فحينئذٍ نقول: يصحّ الشّرط لأنّه مؤكّدٌ لمضمون العقد، وامّا كلّ موردٍ ليس كذلك، بل الجواز إنّما ثبت بحكم شرعيّ تعبّديّ كحاجة أربابه على القول بالجواز.

ففيه إشكال: إذ ورود حكم شرعي مخالف لمضمون العقد لا يوجبُ خروج

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٧١ سطر ٣٤.

العقد عن مقتضاه، حتّىٰ لا يكون شرطه حينئذٍ منافياً لمقتضى العقد، بل المنافاة باقية بحالها، ولكنّ الشّارع لم يُمض انشائه، أعني التأبيد بالنّسبة إلىٰ هذا الزّمان.

ولا تتوهّم: أنّ حكم الشّارع بجواز البيع يخرجه عن المنافاة واقعاً، حيثُ أنّ المنشأ شيء يجوز بيعه بحكم الشّارع، فشرطُ البيع غير منافٍ لمنشأه، لأنّ منشأه ليس إلّا ما يقتضي التأبيد، فحكمُ الشّارع منافٍ لمقتضى إنشائه، والشّرط المذكور في ضمنه إنّما يكون موافقاً للحُكم لا للمنشأ، فهو كالحكم باقٍ على المنافاة، فتدبّر.

قوله: «ويمكن أن يقال بعد التمسّك في الجواز بعموم الوقوف علىٰ حسب ما يوقفها أهلها والمؤمنون عند شروطهم»[1] انتهىٰ.

أقول: ظاهر عبارة المصنّف جواز التمسّك بالرّوايتين، ولو مع ثبوت المنافاة.

وفيه: ما لا يخفىٰ، لأنّ صحّة الاستدلال بهما علىٰ فرض تماميّتهما في الدّلالة إنّما هو فيما شكّ في المنافاة، وامّا ما عُلم منافاته فهو خارجٌ عن عمومها قطعاً لما سنذكره إن شاء الله تعالىٰ.

إذا عرفت ذلك فنقول إنّ التمسّك بهما في صحّة العقد في الموارد المشكوكة المنافاة مطلقاً لا تخلو عن مناقشة.

توضيحها: يتوقّف علىٰ معرفة الشّرط المنافي، ووجه سببيّة الفساد للعقد:

وامّا الشّرط المنافي، فهو امّا أن يكون منافياً لمدلول العقد، امّا مطابقةً أو تضمّناً أو التزاماً عرفيّاً، وامّا أن لا يكون كذلك، بل يكون منافياً لبعض مقتضياته الثّابتة له بالأدلّة الشرعيّة بحيث لا ينفكّ فيه.

أمّا القسم الأوّل: فهو مانعٌ عن انعقاد العقد عرفاً، ضرورة عدم صدق البيع عند العرف فيما لو قال المالك «بعتك بشرط أن لا تتملّك» أو «بعتك بلا ثمن» وغير

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٧٢ سطر ١.

ذلك من المنافيات البيّنة في نظر العرف.

وامّا القسم الثّاني: فهو غير موجبٍ لنفي صدق ذلك العقد عليه في نظر العرف، مثلاً لو عقد على امرأةٍ بشرط أن لا يطئها أو غير ذلك من الّلوازم المجعولة للنّكاح شرعاً لا يرتفع بذلك صدق العقد عليه، إلّا أنّهم بعد فهم التّنافي، بعد أن ظفروا علىٰ جَعْل، الشّارع يحكمون بفساد ذلك العقد، لامتناع انفكاك الملزوم عن الّلازم، ولا مُصرِّح للحكم بفساد الشّرط دون العقد، لكونهما مُنشأين بانشاءٍ واحد، فالدّليلُ علىٰ بطلان العقد المشترط بما ينافيه، امتناع الوفاء به، لأشتماله على المتقابلين، فهذا الشّرط، وكذا العقد خارج عن عموم وجوب الوفاء بالعقود، وكذا «المؤمنون عند شروطهم»، مع أنّه في القسم الثّاني موجبٌ لتحليل الحرام وتحريم الحلال، وهذا الشّرط خارج عن تحت العموم جزماً، وحينئذٍ يبطل العقد لعدم تعلّق الرّضا به مجرّداً عن هذا الشّرط.

فاذا عرفت ذلك عَلمت أنّه لو شُكّ في كون شيءٍ منافياً لمقتضى العقد، لعدم معلوميّة معنى العقد علىٰ ما هو عليه في الواقع أو لإجمال معنى الشّرط، فانْ كانَ من القسم الأوّل، بمعنىٰ أن يَشكّ في أنّ الشّرط الفلاني هل إعتبرَ عدمه في ماهية العقد الكذائي، مثل التأبيد في الوقف، فحينئذٍ لا يجوزُ التمسّك بعموم الوقوف، وكذا دليل كلّ عقد بالنّسبة إلى الموارد المشكوكة، لما عرفت من أنّ هذا القسم من الشّرط المنافي مانعٌ عن انعقاد العقد بحيثُ يصدق عليه عرفاً أنّه عَقدٌ كذا، فمرجع الشّك في المنافاة إلى الشكّ في انعقاد العقد وعدمه، وأنت خبيرٌ بأنّه لايجوز التمسّك حينئذٍ بدليل إمضاء ذلك العقد، حيثُ أنّ إحراز الموضوع شرطٌ في إثبات الحكم.

إنْ قلت: لا شبهة أنّه لو قال «وقفتُ هذه الدّار وشرطت عليهم بيعها عند حصول هذا الشّرط» فقد تصوّر معنى الوقف إجمالاً وأنشأه بقوله «وقفتُ»، إذ لا نرىٰ في وجداننا الفرق بين قوله في هذا المقام وقوله هذا الكلام في مقام خالٍ عن هذا الشّرط، وليس الإنشاء إلّا إرادة حصول هذا المعنىٰ في الخارج، وهذا المعنىٰ بالنّسبة

إلى كلا المقامين علىٰ حدٍّ سواء، فمتىٰ لم يَعلم منافاة الشّرط يحكم بوجوب الوفـاء بالعقد، بل وكذا الشّرط بمقتضىٰ عموم الوقوف وقياسه علىٰ ما هو معلوم المنافاة، قياسٌ مع الفارق، حيثُ أنّ الشّرط المنافي المعلوم الحال مانعٌ عن إمكان التوصّل إلى الوفاء بمقتضى الإنشاء، وهو في المقام مشكوكٌ، فهذا أشبه شيء بالشكّ في وجود القرينة الصّارفة، فاللّازم عدم الاعتناء به، وهذا بخلاف المعلوم الحال، فهو نظير ما علم وجود القرينة الصّارفة.

قلت: إنّ اللّازم انّما هو مراعاة إنشاء الواقف بتمام مدلوله، مِنْ غير ملاحظة أجزاء الكلام، فكلٌّ مِنْ قوله «وقفتُ وشرطت» وإنْ كان مشتملاً على انشاءٍ في حدّ ذاته، إلّا أنّ المُتَّبع أنّما هو مفاد المجموع، وهذا هو الّذي يتحقّق به الصدق العرفي، لما عرفت من أنّه لو إحتَفَّ قوله «وقفت» بما ينافيه عرفاً لا يتحقّق مـصداق الوقـف العرفي في الخارج، ولو علىٰ نحو فاسد، كما في قوله «بـعتك وشرطت عـليك أن لا تملك».

وقولك: إنّه بمنزلة الشّك في وجود القرينة.

قلنا: بمنزلة الشكّ في قرينيّة الموجود، لأنّ الشكّ أنّما هو في أنّ هذا الموجود هل هو منافٍ حتّىٰ يكون مانعاً عن تأثير الإنشاء الأوّل أم لا، فلا يثبت به عدمها، كما لا يخفىٰ.

إلّا أن يقال إنّ مرجع الشكّ في مانعيّة الموجود إلى الشك في وجود المانع.

قلنا: اعتبار أصالة عدم وجود المانع مطلقاً، ولو لم يترتّب عليه أثر شرعيّ، بلا واسطة شيء، غيرُ معلومٍ في غير باب الألفاظ، نعم في بعض المقامات، ممّا كان أصل وجود ذات المانع مشكوكاً، لا وصف المانعيّة، لا يبعدُ دعوى استقرار سيرة العقلاء علىٰ عدم الإعتداد به، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فانّ المُنشأ فيها غير محرزٍ حتّىٰ تترتّب عليه آثاره.

وقد يُتمسّك في المقام بأصالة الصحّة.

وفيه: أنّ الشكّ في المقام ليس في صحّة العمل الصّادر في السّابق وفساده، بل

الشكّ في أصل الحكم الشرعي، وأنّه هل يجوزُ لنا أن نشترط في ضمن العقد بمثل هذا الشّرط أم لا؟ هذا إذا كانت المنافاة من القسم الأوّل.

وامّا إذا كانت من القسم الثاني، فالظاهر انّه لا مانع من جواز التمسّك بعموم الوقوف.

وقد يناقش فيه: بأنّه لابدّ في خروج الوقف المشتمل علىٰ شرط منافٍ لمقتضاه، فهذا المشكوك لا يُعلم إندراجه تحت مدلول المخصّص أو العام، ولا يجوز التمسّك بالعموم في الشُّبهات المصداقيّة علىٰ ما هو التّحقيق.

وفيه: أنّ الخارج ليس عنوان المنافي، بل مصاديقه، كما هو الشأن في جميع المخصّصات العقليّة.

وبعبارة أُخرىٰ: ذات المنافي خارجٌ، لا ما هو متّصفٌ بهذا الوصف، فمتىٰ شكّ في كون شخصٍ منافياً، فقد شُكّ في كون العام مُخصّصاً بالنّسبة إلىٰ هذا الفرد أم لا؟ والأصل عدمه.

نعم، جواز التمسّك بعموم «**المؤمنون عند شروطهم**» في هذا المقام مشكلٌ، لخروج «**ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً**» عن تحت هذا العموم، فلا يجوزُ التمسّك بالعموم فيما شكّ في كونه من افراد المخصّص له أو العام كما لا يخفىٰ.

وبما ذكر في المقام نقدر علىٰ دفع المناقشة على التمسّك بهذا العام أعني قوله «**المؤمنون عند شروطهم**» فيما كان الشّرط المشكوك منافاته من القسم الأوّل، فانّ الأقوىٰ فيه جواز التمسّك به، وليس الشكّ فيه من التمسّك في الشّبهات المصداقيّة بالتّقريب المتقدّم.

نعم، قد يُناقش في الاستدلال بقولهعليه السلام «المؤمنون» بطريق آخر، وهو أنّ المانع عن البيع في المقام ليس منحصراً في حقّ الواقف، حتّىٰ يرتفع بالتزامه، إذ تعلّق حقّ الله تعالىٰ، وحقّ البطون الّلاحقة أيضاً مانعٌ، ولا يجوزُ التمسّك بالنّسبة إليهم بهذا العام، لأنّ صحّة الإستدلال موقوفٌ علىٰ قبولهم، وهو منفيٌّ في المقام، هذا مع

أنّ الله جلّ جلاله خارجٌ عن الموضوع كما لا يخفىٰ.

والحاصل: جواز التمسّك بذلك أنّما هو في كلّ موردٍ التزم شخصٌ بشيء على نفسه، وأمّا مجرّد التزامه على الغير، من دون التزام ذلك الغير فلا، فالاستدلال به إنّما يتمشّىٰ بالنّسبة إلى خصوص حقّ الواقف، وعلى الموجودين من الموقوف عليهم أن يُحقّق منهم القبول، وعلىٰ المعدومين أيضاً إنْ قَبل وليّهم، إنْ قلنا بثبوت الولاية في ذلك، وجواز قبول الالتزامات عليهم إذا كان لهم أصلح، وامّا بالنّسبة إلى غير ذلك فمشكلٌ.

وقد يُذبُّ عن الإشكال: بأنّ الحقّ في المقام منحصرٌ في حقّ الواقف، وامّا حقّ غيره فهو انّما يتفرّع علىٰ جعله وانشائه، فاذا شرط في ضمن العقد شيئاً على الموقوف عليهم. يظاهر كلامه، فمرجعه إلى تضييّق الموضوع، وإثبات الحقّ الكذائي لهم، فاذا جوّز مع البطن الموجود مثلاً، فلم يثبت للمعدومين إلّا ملكيّة شأنيّة معلّقة علىٰ عدم بيع الموجودين، فلا يعقُل مانعيّة حقّهم عن البيع، لكونه بمنزلة الأصل والدّليل.

هذا تمام الكلام في تأسيس الأصل.

وامّا الكلام في أصل المنافات:

فالتحقيق أنّ اشتراط تجويز البيع، عند حصول أمرٍ كزيادة الخراج وغير ذلك من السّوانح، وتبديل ثمنها بشيء آخرٍ ينتفُع به البطون اللّاحقة سائغٌ شرعاً، وليس منافياً لماهيّة الوقف الخارجي، أعني ما به قوامها وتحقّقها، بحيثُ يصدق عليه أنّه وقفٌ، وإنّما هو منافٍ لإطلاق الوقفيّة، لا مطلق الوقف، وما هو منافٍ لمطلق الوقف جواز البيع مطلقاً، وامّا مطلق الجواز فلا، وامّا شرط جواز البيع عند طروّ الحاجة وصرف ثمنها، فالأقوىٰ أيضاً جوازه كما سنوضّحه إن شاء الله.

وما ذكره في هذا المقام وإنْ كان ممّا يُتراءىٰ في بادي النّظر مناقضاً لما إخترناه سابقاً مِنْ أنّ جواز البيع منافياً لماهية الوقف، إلّا أنّ التأمّل الصّادق يشهدُ بعدم

المناقضة، خصوصاً بعد ملاحظة ما سنذكره في توضيح المقام، وهو انّ ماهية الوقف علىٰ ما عرفتها سابقاً متضمّنة للحبس، ومشتملةٌ على التأبيد ما دام وقفاً، إذ لا معنى لحبسيّة العين إلّا منعها عن طروّ التغيّرات عليها.

إلّا أنّه بعد تشخيص متعلّق الوقف يرتفع إشكال المنافاة من البين، فإذا قال الواقف «وقفتها عليهم من جميع التصرّفات، وحبستها عليهم إلّا عن هذا التصرّف» فهذه العين موقوفة من جميع الجهات إلّا من هذه الجهة، وعدم كونها موقوفة من هذه الجهة غيرُ موجبٍ لصحّة سلب اسم الوقف عنها، والأحكام منوطةٌ على الصّدق العرفي.

والحاصل: أنّ المالك مسلّطٌ على أنحاء التصرّف في ملكه، وللعين جهاتٌ مختلفة يمكنُ أن يكون مالكها ممنوعاً عن التصرّف في ملكهم، وقد أقرّه الشّارع علىٰ ذلك المنع، وأجرى الحكم علىٰ حسب ما أوقفه. ومن المعقول أنْ لا تكون هذه العين محبوسة من بعض الجهات، إلّا أنّ مِلْك الجهات مختلفة، فمنها ما لا يتحقّق حقيقة الوقف إلّا بالمنع من التصرّف في تلك الجهة، مثلاً لو لم يمنعهم عن التصرّف فيها من حيث شخصه، بل الزم عليهم ابقاء ماليّتها، بحيثُ يجوز لهم تبديلها مطلقاً، وابقاء ثمنها في ضمن شخص آخر، بحيثُ ينتفع به البطون، لا يصدقُ علىٰ شخص العين أنّها موقوفة، بل يصحُّ سلب الاسم عنها، فلا يتحقّق موضوع الوقف حتّىٰ يجري عليه أحكامه، فليس تعلّق الوقفيّة بتلك الجهة مُصحّحاً لحمل الوقف عليها.

وهل يؤثّر إنشاء الواقف في هذا الغرض أم لا؟

موقوفٌ على تجويز صحّة تعلّق الوقفيّة لا بخصوص الشّخص، وهو ممنوعٌ.

وامّا إذا منعهم عن التصرّف في شخص العين مطلقاً، إلّا في حالةٍ من الحالات كخوف الخراب مثلاً، فلا ينافي ذلك صدق الوقفيّة عليه، خصوصاً بعد الزامهم بابقاء النّوع.

وامّا مع عدمه، ففيه تأمّلٌ في الصّدق المزبور كما سنوضّحه إن شاء الله.

وهذا بخلاف ما لو منعهم عن تصرّف خاصّ مثلاً، كانتقاله إلى زيد مثلاً، فهذه أيضاً جهةٌ من جهات سلطنة المالك، إلّا تنّ المنع عنها موجبٌ لصحّة حمل الوقفيّة على العين، بل هذا النّوع من التّمليك هبةٌ مشروطة بشرط، كما لا يخفىٰ.

وبما ذكرنا ظهر أنّه لو قال الواقف «وقفتها على أولادي» يقتضي إطلاق الوقف أن تكون الأولاد محبوسة عن التصرّف فيها مطلقاً، ولو قال «وقفتها عليهم ولهم تبديلها بما هو أعود لهم» مثلاً، فليس ذلك إلّا منافياً لإطلاقه، أعني كونه محبوساً من جميع الجهات، وليس كونه كذلك معتبراً في مهية الوقف، بل المعتبر كون العين بشخصها محبوسة عن التصرّف فيها في الجملة بحيث يصدق عليها عرفاً أنّها موقوفة، فجواز البيع مطلقاً منافٍ لماهية الوقف مطلقاً.

وامّا جوازه في الجملة بحيثُ ينفي نوعه، فلا ينافي إلّا وقفيته في الجملة، ولا يضرُّ ذلك في صدق الاسم، لو لم يكن ركناً في لحاظ العرف، فلهذا قد يتأمّل في صحّة اشتراط جواز البيع وصرف ثمنها عند الحاجة الشّديدة، حيثُ أنّ عدم كونها موقوفة من هذه الجهة موجبٌ لصحّة السّلب عند عروض هذه الحالة، لأنّه حينئذٍ لا يكون محبوساً أصلاً من حيث الشّخص، ولا من حيث النّوع، فهذا الشّرط منافٍ لمقتضى العقد، حيثُ أنّ مقتضىٰ وقفيّة العين كونها محبوسة ولو في الجملة.

ومقتضى ذلك الشرط خروجه عن الوقفيّة حينئذٍ مطلقاً، فهما متنافيان، فماهية الوقف لا تتقوّم في الخارج إلّا بما إذا تعلّق الحبس بخصوصيّته الشخصيّة في الجملة، مع لزوم ابقاء ماليّتها مطلقاً، ووجوب حفظها بجميع مراتبها.

وامّا خصوص الماليّة فغير قابل لتعلّق الوقفيّة وتقوّمها في ضمنها، ولذا يشترطون في الوقف أن يكون متعلّقه شخصاً خارجيّاً، فتأمّل.

***

[في أنّ القدرة على التسليم شرط في العوضين]

قوله: «ولو أبيت إلّا عن ظهور النبويّين في الفساد بمعنى لغويّة العقد رأساً المنافية لوقوعه مراعىً...»[1].

أقول: ولعمري أنّ هذا الاستظهار لقويٌّ متينٌ، كما أيّده وجيّده في مبحث الفضولي مفصّلاً، وإنْ ناقشنا فيه هناك بعض المناقشة، إلّا أنّه حقٌّ حقيق، وهو أقربُ بالتّحقيق، كما يظهر لمن تأمّل فيما سبق من كلامه.

وامّا ما ذكره من لزوم ورود التّخصيص عليه بالموارد المذكورة.

ففيه: أنّه لا محذور في ذلك بعد مساعدة الدّليل عليه، إذ ورود التّخصيص لايوجب رفع اليد عن ظاهر الدّليل، مع أنّه لو سُلّم دلالة الرّواية علىٰ هذا المعنىٰ يمكن أن يقال:

أوّلاً: إنّا نلتزم بفساد الفضولي رأساً، إذ ليس صحّته مجمعاً عليها، ألا ترى أنّ كثيراً منهم استدلّوا بهذه الرّواية علىٰ فساده، وكذا بيع ما يملكه بعد البيع، بل قد

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٨٦ سطر ١٧.

عرفت أنّ الأقوىٰ عنده بطلان هذا البيع، فكيف يوجبُ ذلك لأن يرفع اليد عن ظاهر الدّليل.

وثانياً: انّ اطلاقه ليس متعرّضاً إلّا لحال البائع الّذي ليس عنده المبيع، فيدلُّ على لغويّة المبيع له، بحيثُ لا يصلح للتأثير له بوجهٍ من الوجوه، سواء ملكه بعد أم لا، فلا ينفي بالنّسبة إلىٰ غير البائع أصلاً، لعدم كونه متعرّضاً لحال الغير، فلا مانع من أن يدلّ دليلُ على أنّ هذا العقد الواقع من غير المالك، الّذي كان لغواً بالنّسبة إلىٰ عاقده، لو تعقّب باجازة مالكه، لكان مؤثّراً بالنّسبة إليه، كما لا يخفىٰ.

وامّا بيع الرّهن وغيره من الموارد المذكورة، لو سلّم صحّته فانّما هو لدليلٍ خاص، كما سنتكلّم في بعضها عن قريب، فلابدّ من أن يُخصَّصُ به هذه الرّواية، ولا محذور فيه.

قوله: «**فهل يُلحق بالبيع الصلح...**»[1].

أقول: الأقوىٰ عدم اشتراط القدرة على التّسليم في الصّلح، وجواز المصالحة على المجهول مطلقاً، وما يمكُن أن يكون مستنداً للمنع بعد تسليم صدق الغرر عليها أمور:

ومنها: استظهار علّية الغرر للنّهي عن البيع، فيما روي عن النّبيﷺ أنّه «**نهىٰ عن بيع الغرر**»[2]، فيُتعدّىٰ من البيع إلى كلّ معاملة غرريّة.

ويؤيّده كون الحكم عند الأصحاب من قبيل المُسلّمات، بحيثُ لا ينكره أحدٌ منهم، بعد تسليم صدق الغرر في معاملة، فلعلّ مدركهم في ذلك استفادة العلّية من الرّواية.

وعلىٰ هذا فنقول: إنّ الصّلح فيما نحن فيه غرريٌّ، فهو منفيّ في الشّريعة،

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٨٨ سطر ٢٠.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٤٠ ص ٤٤٨.

بمقتضىٰ عموم العلّة المستفادة منها، وبما ذكرنا من كونه من المسلّمات عند الأصحاب، ظهر لك وجه آخر للحكم بالفساد.

توضيحه: أنّه يعلم من تمسّك العلماء في أبواب العقود نفي الغرر، وتسالمهم علىٰ ذلك، أنّ الإجماع منعقدٌ علىٰ فساد كلّ معاملة غررية، إلّا إذا دلّ دليل خاصّ على الصحّة، أو في مورد خاص، كما لو كان مال المصالحة مجهولاً وقد تعذّر تعيينه.

والحاصل: أنّ من تتبّع كلماتهم يعلم أنّ بنائهم في المعاملات ليس علىٰ رفع اليد عن قاعدة نفي الغرر، إلّا لدليل مخصّصٍ، فيكون الأصل فساد المعاملة الغرريّة، ولابدّ في إثبات الجواز من الدّليل، وهو منفيٌّ في مطلق الصّلح، فليقتصر في الخارج على المتيقّن، أعني صورة تعذّر التّعيين.

ومنها: ما أرسله الشّهيدﷺ في إجارة المسالك عن النّبيﷺ أنّه نهىٰ عن الغرر، وهو باطلاقه يدلّ علىٰ فساد الصّلح الغرريّ، فليُقتصر في الخارج على القدر الثّابت، وضعف الرّواية منجبرٌ بعمل الأصحاب، واشتهاره فيما بينهم.

هذا غاية ما يمكن أن يستدلّ بها على اشتراط القدرة على التّسليم، وتعيين مال المصالحة في صورة التمكّن.

وفيه: منع استظهار العلّية منها أوّلاً، وعلىٰ فرض التّسليم فَيَردُ عليه ما سنورده على الاستدلال بالمرسلة.

وامّا إجماع العلماء على القاعدة بحيثُ يصلح للاستدلال فيما نحن فيه، فغيرُ مسلّمٍ، والقدر المتيقّن من القاعدة ثبوتها في المعاملات الّلازمة الغير المبتنية نوعاً على المسامحة.

وبعبارة اُخرىٰ: ثبوت القاعدة إنّما هو في غير الصّلح، وامّا عمومها بحيثُ يشمل الصّلح ممنوعٌ، والسرّ في ذلك ما سنذكره عن قريب إن شاء الله تعالىٰ.

وامّا الجواب عن الرواية: فبعد تسليمها، والغضّ عن عدم الوثوق بكونها رواية مستقلّة مغايرة للرّواية الاُولىٰ، لإحتمال السّقط وكونها تفسيراً لما يستنبط من

الرّواية الأُولىٰ. فتكون من قبيل التّفسير بالمعنىٰ بزعم المستدلّ، بدعوىٰ ظهورها في العلّية، مع أنّها في الصّلح غيرُ منجبرةٍ بالعمل، أنّ حكومتها علىٰ دليل الصّلح غير معلومة، بل لا يبعد دعوىٰ حكومة أدلّة الصّلح عليها.

والسرّ في ذلك ظهور الفرق فيما بينه وبين المعاملات الأُخر من نحو البيع والإجارة وغيرهما، حيث أنّ حكمة تشريع الصّلح بحسب الظّاهر إنّما هو قطع الخصومة، ورفع اليد عن الحقوق الثّابتة لكلّ من المتخاصمين، فهو بحسب المفهوم لايدلّ إلّا على التّسالم والتّصالح، ولازمه بحسب المصداق الخارجي انتقال مال المصالحة من كلّ إلى الآخر، فليس المعاوضة فيها بحسب الجعل الأوّلي مقصوداً أوليّاً، وأنّما هو أمرٌ تطفّلي يتّبع المقصود الأوّلي، أعني وقوع التّصالح بينهما في الخارج، وما ترىٰ أنّه قد يقع البيع والإجارة بلفظ الصّلح، فليس هذا منافياً لما ذكرنا، ضرورة أنّه ليس المقصود من تشريعها التّوسعة في ألفاظ البيع أو الإجارة، بل لعلّ الباعث علىٰ تشريع الصّلح في نظر الشّارع، إنّما هو جَعلُ عقدٍ به يقطع النزاع ويرتفع الخصومة، كما يفصح عن ذلك مفهوم لفظها، ألا ترىٰ أنّ منهم من اشترط فيما سبق الخصومة، وليس ذلك إلّا لما رأوا من ظاهر لفظه وكثرة وقوعه في موارد الخصومة.

ومن المعلوم أنّ أغلب الموارد التي يتحقّق فيها التّشاجر يكون الحقّ فيها مجهولاً ذاتاً أو مقداراً، فانتفاء الغرر فيها بحيثُ يساوق ا لبيع والإجارة الواقعة بلفظ الصّلح، مع كون المقصود الأوّلي فيها النقل والانتقال، فانّما هو صلحٌ صوريٌّ، وقد قلتُ أنّ المقصود من جعلها ليس وقوعها في هذا المورد.

ولأجل ما ذكرنا يمكن أن يُدّعىٰ أنّ نسبة دليل الصّلح إلىٰ نفي الغرر كنسبة نفي الغرر إلى سائر المعاوضات، بدعوىٰ أنّ دليل نفي الغرر، كما أنّه ناظر إلى أدلّة البيع والإجارة وغيرهما فيدلّ على فسادها حال كونها غرريّة، كذلك دليل الصّلح ناظرٌ الى الموارد المجهولة القابلة لأن يتحقّق فيها النّزاع. فعلى هذا لا يصحُّ أن يرتفع فيها

الغرر، لكونه مناقضاً للغرض.

هذا كلّه مع أنّ جواز الصّلح في كلّ مورد يتعذّر فيها التّعيين أو يتعسّر مسلّمٌ، فلابدّ علىٰ فرض تسليم الشّمول من التزام التّخصيص بالنّسبة إلىٰ بعض الموارد دون بعض، وهذا لا يخلو عن بُعد.

والحاصل: أنّ حكومة دليل نفي الغرر بعد الغضّ عن المناقشات على أدلّة الصّلح غير معلومة، لو لم ندّع العلم بخلافها، أعني حكومة أدلّة الصّلح علىٰ عموم نفي الغرر.

وكيف كان فلا يصحّ التمسّك بها في بطلان الصّلح.

هذا كلّه مضافاً إلىٰ صحّة الاستدلال للجواز بما في الصّحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام انّهما قالا:

«**في رجلين كان لكلّ واحدٍ منهما طعام عند صاحبه لا يدري كلّ منهما كم له عند صاحبه؟.**

فقال: كلّ واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي.

فقال: لا بأس بذلك»[1].

والمناقشة فيها: باحتمال كونه محمولاً علىٰ صورة التعذّر أو التعسّر، ممّا لا وجه له، بعد ظهور كونه سؤالاً عن حكم المسألة، لا عن مورد خاص.

وتوهّم: كونه ابراءً محضاً لا صُلحاً.

مدفوع: بظهوره في وقوع التّصالح والتّباني بينهما، بأن يتجاوز كلّ منهما عن الحقّ الثّابت له في ذمّة الآخر، على أن يتجاوز الآخر عمّا في ذمّته ويرفع اليد عنه، وليس المعنيُّ بالصّلح عندنا إلّا هذا، نعم يفيد فائدة الإبراء في خصوص المورد، وهذا لا يقتضي كونه ابراءً حقيقة كما لا يخفىٰ.

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١١ باب ٥ ص ٤٤٥.

ولأجل ما ذكرنا ترى العلماء يتمسّكون لصحّة الصّلح بها، ولعلّ استفادتهم منها ذلك يكفي في صحّة الاستدلال بها، ولا أقلّ من التأييد.

تنبيه: المعاملة الغرريّة الّتي نحكم ببطلانها، ما كانت المعاملة بنفسها مِنْ حيثُ هي غرريّة، فبيع المُفلّس العاجز عن اداء الثّمن رأس الموعد، أو المشتبه حاله غيرُ فاسدٍ، لأنّ نفس المعاملة من حيث هي ليس فيها جهالة.

نعم، لو لم يكن الثّمن كلّياً في الذمّة، بل عقد علىٰ عينٍ خارجي لا يقدُر علىٰ تسليمها، يصحّ أن يقال أنّها غرريّة، وهذا بخلاف ما لو ابتاعه بما في ذمّته، فانّ عدم القدرة علىٰ تشخيص ما في الذمّة في الخارج لايوجبُ صيرورة المعاملة الواقعة غرريّةً مِنْ حيثُ هي، فافهم وتأمّل.

***

[اشتراط العلم بقدر المثمن]

قولهﷺ[1]: «**منها صحيحة الحلبي: «في رَجل اشترىٰ مِنْ رجـلٍ طـعاماً عَدْلاً بكيلٍ معلوم، وأنّ صاحبه قال للمشتري ابتع منّي هذا العدل الآخر بغير كيلٍ، فانّ فيه مثل ما في الآخر الّتي ابتعتَ؟**

قال: لا يصلح إلّا بكيلٍ.

قال: وما كان مِنْ طعام سمّيت فيه كيلاً فانّه لا يصلح بيعه مجازفةً وهذا ممّا يكره من بيع» انتهىٰ[2].

أقول: وفي الاستدلال بها للمطلوب تأمّل، لإمكان حمل قولهﷺ «سمّيت فيه الكيل» علىٰ معناه الحقيقي، فيكونُ المراد أنّ الطّعام الّذي عيّنته من حيث الكيل بأن قلت «بعتك عشرة أكيال»، مثلاً لا يصحُّ بيعها مجازفة، بأن لا تكيله وتـدفعه إلى المشتري على أن يكون المدفوع هو هذا المقدار المعيّن من دون اعتباره بالكيل، فهذه

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٠ سطر ٨.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٤ ص ٣٤١.

الرّواية علىٰ هذا الاحتمال لا تدلّ إلّا على اعتبار الكيل فيما إذا بيع أكيال معيّنة، لا في مطلق المكيل.

اللّهم إلّا أن يتمسّك بذيل الرّواية أعني قوله عليه السلام **«هذا ممّا يكره من بيع الطّعام»**، بدعوىٰ ظهور الإشارة في رجوعها إلى مطلق البيع الجزافي فتأمّل.

وامّا الإيراد على الرّواية باشتمالها علىٰ ما لم يقل به أحد، أعني عدم تصديق البائع فغير وجيه، لأنّ الظّاهر منها أنّ بناء البائع في اخباره على الحدس والمقايسة إلى العدل الآخر، فاخباره قد نشأ عن كونهما متعادلين، وقد كان عَدْلاً عنها، فبان عنده حال العدل الآخر علىٰ سبيل الحدس والتّخمين، ومعلوم أنّ هذا النّحو من الأخبار غير معتبر، ولا يوجبُ ذلك ارتفاع الجهالة بالمرّة، والقرينة على إرادة هذا المعنىٰ مع قطع النّظر عن إمكان استفادته من سياق الرّواية، تعليل الإمام عليه السلام بقوله **«فانّه لا يصلح بيعها مجازفة»**، ضرورة أنّه لو ابتاعه معتمداً على اخبار البائع، لا علىٰ ما ظهر لهما بالحدس ومقايسته إلى العدل الآخر، لا يتّصفُ ذلك البيع بكونه مجازفةً.

هذا، ويمكن الخدشة بمثل ما ذكرنا في كثير من الرّوايات الآتية كما لايخفىٰ على المتأمّل، إلّا انّ الإنصاف أنّه يستفاد منها، ولو بملاحظة المجموع، وكيفيّة سؤالات السّائلين، كون الحكم أعني لزوم الاعتبار والتّقدير في الموزونات عندهم أمراً مفروغاً عنه، وانّما سألوا في كثير منها عن كفاية اخبار البائع في ذلك، وكونه طريقاً لاحراز هذا الشّرط أم لا.

قوله: «وفحوىٰ[1] رواية أبي العطار...»[2].

أقول: وفي الاستدلال بالفحوىٰ للمطلوب نظر.

---

١ ـ في المكاسب: وفحوى مفهوم رواية....

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٩٠ سطر ١٨.

وامّا أوّلاً: فلإمكان منع المفهوم في مثل المقام، بدعوىٰ ظهوره في كون السّؤال عن جواز الاكتفاء بالكيل السّابق حال غيبة المشتري، في مقام تفريغ الذمّة أم لابدّ من اعتباره بالكيل بعد البيع حال كونه حاضراً.

وتوضيحه: أنّ الكرّ على ما قيل اسمٌ لمقدار خاص من الطّعام، نظير الوزنة والمنّ والحقّة، فيكونُ مراد السّائل بحسب الظّاهر أنّه بعدما عيّنته وميّزته في الخارج، ويقول المشتري «أعطيته بكيله» يعني بحسب ما كيّلته وعيّنته، المسألة عن أنّه هل يجوز الاكتفاء بذلك الكيل في مقام تفريغ الذمّة وتسليم المبيع أم لا، فيقول الإمام عليه السلام «**إذا ائتمنك فلا ضير فيه**»، وليست هذه القضيّة ونظائرها مسوقة لبيان المفهوم، بل هي من قبيل المكالمات العرفيّة، من غير ملاحظة المفهوم فيها، وكون الحكم علىٰ هذا المعنىٰ بديهيّاً غيرُ موجبٍ لرفع اليد عن ظاهر الرّواية وارتكاب التأويل فيها، إذ صدور مثل هذه السّؤالات عن الأئمّة عليهم السلام ليس بعزيز كما لايخفىٰ على المتتبّع في الأخبار، بل لا حاجة في تصديق ذلك إلى تتبّع الأخبار أيضاً، ضرورة كون السّائلين من الأئمّة عليهم السلام مثل عوامنا الذين يسألون الأحكام من علمائنا، وقد نراهم كثيراً ما يسئلون عن مثل هذه المسائل.

وثانياً: سلّمنا كونها سؤالاً عن جواز الاعتماد على أخبار البائع، وكونها طريقاً شرعاً لمعرفة تعيين مقدار المبيع، فتدلّ الرّواية على الصحّة عند الائتمان. وحينئذٍ نقول إنّ البيع بعد الأخبار يتصوّر علىٰ قسمين:

تارة: يقول البائع بعد اخباره بكون المشاهد كرّاً من الطّعام «بعتك هذا الكرّ من الطّعام».

والظّاهر أنّه لا إشكال في صحّة هذه المعاملة، سواء ائتمنه أم لا، ضرورة عدم صدق الجزاف، ووقوع البيع على المعيّن؛ غاية الأمر أنّه لو تبيّن خلاف ما أخبره فله الخيار، كما لو خرج المبيع ناقصاً أو معيوباً كما لا يخفىٰ.

وتارةً: يقول بعد اخباره بكونه كرّاً «بعتك هذا الطّعام».

فلو قلنا بأن اخباره طريقٌ شرعيٌ لتعيين المقدار، تخرج المعاملة عن كونها جزافاً، ضرورة كونه حينئذٍ بمنزلة الاستصحاب وغيره من الأمارات، في صحّة الاعتماد عليها، لتشخيص المبيع، وفي صورة المخالفةُ يتدارك بالخيار، كما في استصحاب الأوصاف السّابقة.

هذا إذا كان الاخبار طريقاً شرعاً، وامّا لو لم يكن كذلك إلّا في صورة الائتمان، كما هو مدلول هذه الرّواية، علىٰ هذا الاحتمال فلا يخرج البيع باخباره عن كونه جُزافاً لو اشتراه كائناً ما كان، فمقتضىٰ الرّواية بطلانه حينئذٍ، ويدلّ بالفحوى القطعي على البطلان حال انتفاء الأخبار، ولكن يشكل ذلك بعدم كون المفهوم معمولاً به بحسب الظّاهر، حيثُ ظاهرهم ـ كما نسب إليهم ـ جواز الاعتماد باخبار البائع في تعيين المقدار، ولو لم يكن أميناً، فلا يجوز الاستناد لفحواه، كما لا يخفىٰ.

قوله: «فانّه لا يتصوّر هنا غررٌ أصلاً مع الجهل بمقدار كلٍّ من العوضين»[1] انتهىٰ.

أقول: ظاهر كلام المصنّف، بل صريحه أنّ المناط في صدق الغرر هو الخَطَر في صدق المعاملة منْ حيثُ مقدار ماليّة شيء من العوضين، أعني قيمته السوقيّة، فيدور البطلان علىٰ هذا مدار الجهل بها، بحيثُ لا يعلم أنّ قيمة كلّ منهما معادلٌ للآخر، لو لم يقم إجماع في المسألة، بحيثُ يعلم منه كون الغرر حكمةٌ للتّشريع لا علّة للحكم، حتّىٰ يتبع الموارد الشخصيّة، وهذا بحسب الظّاهر ـ كما اعترف به المصنّف ـ مخالفٌ لظاهر الأصحاب، مع أنّه لا ينطبق على القواعد أصلاً، ضرورة صحّة بيع ما لا يُعلم قيمته السوقيّة، لو كان معلوم الوصف، منْ حيثُ الجنس والمقدار، وغيرها من الأوصاف الّتي ذكروها في صحّة شرائط البيع، غاية الأمر أنّه يثبت الخيار بعد

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٠ سطر ٢٥.

ظهور الغبن.

وامّا فساد أصل المعاملة فلا أظنُّ أحداً يلتزم بذلك، وكيف لا وأكثر معاملة النّاس كذلك، إذ قلّما يعلم المشتري بالقيمة واقعاً، بحيث لا يتحمّل الزّيادة والنّقصان، في غير ضروريات التعيّش مثل الحنطة والشّعير والّلحم، وإن شئت فاختبر نفسك، هل تعلم بالقيمة في كثير من المعاملات التي تتّفق في غير الضروريّات، بل فيها أيضاً لو لم تكن في البلاد المعظّمة الّتي يكون سعر الأشياء فيها معيّناً.

وكيف كان، فلا إشكال في صحّة تلك المعاملات، وبعد ظهور الغبن يثبت خيار الغبن، ولازم ما ذكر بطلان المعاملات المشتملة على الغبن رأساً، كما أنّ مقتضاه صحّة ما لو لم يعلم من أوصاف المبيع إلّا قيمتها، كما لو علم بأنّ ما في الحُبّ قيمته عشرة دنانير، ولكن لا يعلم أنّه من جنس الحنطة أو الشّعير أو البقل أو غير ذلك. ومعلوم أنّه مخالف لسيرة الفقهاء قطعاً، فتدبّر.

ويكشف عن عدم اعتبار العلم بالقيمة، وعدم كون مناط الغرر ذلك، عدم اشتراط العلماء ذلك في عداد الأوصاف المعتبرة، وعلىٰ هذا فالمهمّ معرفة الأوصاف التي تتّصف المعاملة بكونها غرريّة عند الجهل بها، وقد عرفت اجمالاً أنّ الجهل بالقيمة ليس منها.

فنقول: قد تقرّر فيما سبق أنّ الغرر هو الخطر، وقد عرفت فيما سبق أنّ الجهل بالحصول، وكذا الجهل بالصّفة في الجملة، موجبٌ لاتّصاف المعاملة بكونها غرريّة، امّا اتّصاف الجهل بالحصول بذلك، فوجهه واضحٌ، وامّا بالصّفة فلا يكون كذلك إلّا إذا كانت تلك الصّفة مقصودة من العمل، فيكون الاقدام عليه مع عدم الوثوق بحصول ذلك المقصود ـ أعني وجود تلك الصّفة ـ خطراً بالنّسبة إلىٰ مقصوده، فتتّصف المعاملة لأجل كون ذلك الوصف مقصوداً من العمل بكونها غررية.

إذا عرفت ذلك فنقول: قد أشرنا فيما سبق انّ حديث نهي الغرر لا يدلّ إلّا علىٰ

فساد البيع المتضمّن للغرر في حدّ ذاته، بلا ملاحظة الخصوصيّات الخارجة.

وامّا اتّصاف المعاملات بكونها غرريّة لأجل الخصوصيّات الخارجيّة، والدّواعي الأجنبيّة، فليست مشمولة للرّواية، بل مقتضى العمومات صحّتها، فمفاد الرّواية ليس إلّا بطلان المعاملة المشتملة على الغرر باعتبار نفس العوضين، سواء أنشأ الغرر عن الجهل بحصول شيء من العوضين، أو عن الجهل بالأوصاف المقصودة نوعاً من تلك المعاملة، وامّا الأغراض الشّخصية، فلا اعتداد بها، ولا تتّصف المعاملة بكونها غرريّة عرفاً، باشرافها على انتفاء تلك الأغراض.

ثمّ لا يخفىٰ عليك أنّ المقصود الأصلي في جميع المعاملات نوعاً إنّما هو تحصيل العوضين، فمقصود المشتري من المعاملة تحصيل المبيع الشّخصي الخارجي مثلاً، لأجل بعض الدّواعي الخارجيّة النفسانيّة الباعثة لذلك، ومقصود البائع تحصيل ثمنه كذلك، وامّا كون المبيع معادلاً لهذا المقدار من الثّمن، وكون قيمته كذلك، فليس مقصوداً أصليّاً من المبيع نوعاً، وإنّما هو من الدّواعي المنبعثة لتحصيل المبيع أحياناً في بعض البيوع، كما في أموال التّجارات، فكونه متّصفاً بهذا الوصف يوجبُ تطميعه في تحصيل المبيع، كما إذا اعتقد أنّ هذا الشّيء له خاصّية كذائيّة فالتجأ إلىٰ تحصيله، فيكون المقصود في هذه الأمثلة أيضاً تحصيل نفس المبيع بزعم ترتّب مقصوده الخاصّ عليه، ومن المعلوم أنّ احتمال عدم ترتّب المقصود على تلك المعاملة، لايوجب اتّصاف المعاملة بكونها غرريّة من حيثُ هي.

والحاصل: أنّ إرادة الانتفاع من معاملةٍ خاصّة تتخيّل كون المبيع ذات قيمة كذلك، لايوجب كون معرفة مقدار الماليّة من الأغراض النوعيّة، كسائر الأوصاف المعتبرة عندهم بحسب النّوع، كمعرفة جنس المبيع، فانّ بناء العقلاء في معاملتهم نوعاً علىٰ تشخيص جنس المبيع، فانّ منهم من يريد شراء الحنطة، ومنهم من يريد شراء الشّعير، ومنهم من يريد شراء البقل، ومنهم من يريد غير ذلك من ملاحظة مقدار المبيع، فلو أقدم من يريد شراء الحنطة علىٰ شراء شيء مجهول، ولو مع العلم

بكونه مساوياً لها في القيمة، يكونُ مقدّماً على معاملة غرريّة، لكونه في خَطرٍ من ترتّب المقصود عليها، فمعرفة جنس المبيع عرفاً من المقاصد العقلائيّة في نوع المعاملات، لأختلاف الأغراض المتعلّقة بتحصيل الأجناس المختلفة. فالاقدام على المعاملة حال الجهل، الغاءٌ لما هو المقصود من المعاملات بحسب النّوع، فأصل هذه المعاملة غرريّة عند العرف، لكونها اشرافاً على انتفاء ما هو المعتبر عندهم في المعاملات، وعدم تعلّق غرض الشّخص الخاصّ بتشخيص الخصوصيّة، لا ينفعُ في سلب الاتّصاف عند العرف، ونظير معرفة الجنس في كونها من المقاصد العقلائيّة، من دون ملاحظة كونها ممّا يُتشخّص به مقدار الماليّة معرفة مقدار العوضين في المقدّرات، حيثُ أنّها أمرٌ معتنىً به عندهم، إذ به يتقدّر ما يحتاجون، ويتحصّلون منها بمقدار حاجتهم، فانّ منهم من يحتاج إلى حقّة حنطة أو شعير مثلاً، فيحُصّل هذا المقدار قضاء لحاجته، فغرضه من التّقدير تحصيل مقدار الحاجة، لا معرفة مقدار القيمة.

فما يتوهّم: من أنّ وضع التّقدير إنّما هو لأجل معرفة قيمة المقدّر.

لعلّه فاسد: فانّ من يحتاج إلىٰ طعام يشبعه، لا يقصد بالبيع معرفة قيمة المبيع من حيثُ هي، وانّما يقصدُ تحصيل مقدار يشبعه لا غير، وأكثر المعاملات العرفيّة من هذا القبيل، أعني ممّا يقصد بها دفع الحاجة المتعلّقة بشخص المبيع.

وكيف كان، فالحاصل انّ تعيين المقدار في المقدّرات في حدّ ذاتها من المقاصد النوعيّة في المعاملات، وليس ذلك لأجل تشخيص قيمته السّوقية، وعلىٰ هذا يكون الاقدام عليها مع الجهل بالمقدار غرراً، لكونه اشرافاً علىٰ ما هو في عُرضة نقض الغرض، وهذا خَطَرٌ عرفاً.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ الغرر وجوداً وعدماً يدور مدار العلم بحصول ذات المبيع، وانّه ما هي مِنْ حيثُ الذّات، وكَم هو من حيث المقدار؟ وامّا قيمته السوقيّة فهي أمر خارج لا اعتداد بها في هذا المقام.

نعم المعتبر في الأثمان كالدّرهم والدّينار هو معرفة مقدار الماليّة دون مقدار الثّمن، ولهذا لا يعدّ الجهل بوزن الدّرهم مع العلم بقيمته غرراً، كما سنوضّحه عن قريب إن شاء الله، فافهم وتأمّل حتّىٰ يتّضح حقيقة الحال، فانّ تعيين مصاديق الغرر من المهمّات في هذه الأبواب بأسرها، هذا.

ويمكن أن يقال: بعد تسليم صدق الغرر عرفاً، حال الجهل بالقيمة السّوقيّة تفصّياً عن الإشكال الوارد في المقام، المقتضي لبطلان البيع حينئذٍ، مع أنّه لا يلتزم به أحدٌ على الظّاهر، أنّه لا دليل علىٰ بطلان مطلق البيع المشتمل على الغرر، بل الرّواية لاتدلّ إلّا علىٰ بطلان كلّ بيع يُسمّىٰ في العرف بيعاً غرريّاً، إذ رُبّ معاملة تكون مشتملة علىٰ غرر في الجملة، ولا يعدّ مع ذلك معاملة غرريّة.

توضيحه: انّا بعدما راجعنا العرف وتفحّصنا معاملاتهم، وجدناها في أغلب الموارد مشتملة علىٰ غررٍ في الجملة، ولو من جهة من الجهات، مع أنّ صحّتها عند أهل العرف ممّا لا يُنكر، وكأنّها من الضروريّات حتّىٰ التجأ العلماء في تصحيح ذلك بجعل ما يتسبّب الغرر منها في كثير من توابع المبيع، كما يقولون في اسّ الحائط من أنّه من توابع المبيع، مع أنّ التفرقة بينه وبين ظاهر الحائط، بجعل الأوّل تابعاً والثّاني جزءً لا يخلو عن تأمّل، مضافاً إلىٰ أن جعله من التوابع غَيرُ موجبٍ لخروج المعاملة عن كونها غرريّة، لو فرض اتّصافها بها، علىٰ فرض كونها جزء، ضرورة تقسيط الثّمن عليه، إذ ليس حاله أدون من الأجل، وقد صرّحوا بأنّ للأجل قسطاً من الثّمن، ولا نعني بكون الثّمن مقسّطاً عليه، كون بعضٌ منه بحذائه، حتّىٰ يقال إنّه علىٰ هذا الفرض جزء من المبيع، بل المقصود أنّه ملحوظٌ حال التّقويم، بمعنىٰ أنّ الثّمن الكذائي انّما هو بازاء هذا الشيء المُتّصف بكونه كذلك، بحيثُ لولا ذلك الوصف الملحوظ حال التّقويم، يتسرّى إلى المتّصف، فيكون لأجله المبيع مجهولاً. إلّا أنّ هذا المقدار من الجهالات الّتي هي لابدّ منها في أغلب المعاملات، بحيثُ لا يمكن التحرّز عنها، وان كان في حدّ ذاته خطراً، ولكنّه لا تعدّ المعاملة لأجلها عندهم غرريّة،

فكأنّ المعاملة الغرريّة عندهم ما كانت الجهالة عندهم أزيد من هذا المـقدار الّـتي يتعذّر التحرّز عنه في معاملاتهم، كأن يكون نفس العوضين مجهولاً من حيث الذّات أو الوصف أو المقدار لو أمكن التّعيين فيها، فلو ورد عليهم النّهي عن البيع الغرري، لا ينصرف إلى أذهانهم هذا النّحو من المعاملات، بل المتبادر عـندهم مـا كـانت الجهالة فيه أزيد من هذا المقدار المتعسّر، نظير بيع الملامسة والمنابذة وغيرها مـن الأنواع المتعارفة في هذا الزّمان أيضاً في بعض البلاد، علىٰ ما قيل.

وامّا البيع الذي تكون القيمة السوقيّة فيه مجهولة فلا، ولعلّ الحـكمة في ذلك صعوبة الاطّلاع على الأشياء، بل تعذّرها غالباً فلم يعتدّوا بالتّعيين فيها، ولم يعدّوا المعاملة التي لم يتعيّن فيها القيمة من المعاملات الغرريّة، وعلى هذا فصدق المعاملة الغرريّة عندهم أخصّ من صدق نفس الغرر. ومن المعلوم أنّ النّهي مـتعلّقٌ بـبيع الغرر بنفسه، فتأمّل.

ومحصّل ما ذكرنا: أنّ حديث نفي الغرر يدلّ على اعتبار الكيل والوزن فيما يكون معرفة مقدار البيع من المقاصد العقلائيّة بحسب النّوع، إذ مع الجـهل يكـون مُقْدِماً على ما لا يأمن ترتّب المقصود علىٰ معاملته، وهذا غررٌ عرفاً، فلابدّ حينئذٍ من التعيّن امّا بالكيل أو الوزن دفعاً للغرر، وهذا انّما يعتبر في المكيل والموزون، وامّا في غيرهما فيكفي فيه المشاهدة أو العدّ في المعدودات، ضرورة عدم اعتبار أزيد من ذلك عند العرف في نفي صدق الغرر، وإلّا لزم أن تكون المعاملة الواقعة فيما بـينهم غرريّة عندهم في غير المكيل والموزون، وهذا بيّن الفساد.

ثمّ أنّ مقتضىٰ ما ذكرنا دوران البطلان مدار الغرر، بحيثُ لو فُرض انـدفاع الغرر في موردٍ بغير الكيل والوزن، كما إذا كان للمتعاقدين حدسٌ قويّ لا يتخلّف غالباً، أو بيع مقدار من الطّعام بمساويه في الوزن بدون العلم بمعرفة الوزن، لكـان اللّازم علينا الالتزام بالصحّة.

نعم يمكن أن يقال إنّه يستفاد منها بأنّ الغرر حكمة لتشريع الحكم لا علّة حتّىٰ

يدور مداره في الموارد الجزئيّة، بل المتّبع هو الغرر النوعيّ، بمعنى أنّها تدلّ علىٰ نفي المعاملات الّتي تكون بحسب نوعها غرريّة، هذا إذا استندنا في الحكم المذكور بحديث نفي الغرر، وامّا لو استندنا فيه بالأخبار المتقدّمة، فيمكن الالتزام بالبطلان في جميع الموارد تعبداً، وان لم تكن غرريّة.

ولكنّ الإنصاف انّ حمل الأخبار على التعبّد المحض، لا يخلو عن بُعد، بل لعلّه لحكمة نفي الغرر في الشّريعة، لا لأجل كونهما في أنفسهما في البيع، ويفصح عن ذلك ظهور قولهعليه السلام «فانّه لا يصلح معه مجازفة» في أنّ مناط النّهي ارتفاع المجازفة، لا لأنّهما من التعبديّات في هذا المقام فلاحظ.

وعلى هذا فمقتضى الرّوايات أيضاً جواز المعاملة في الأمثلة المذكورة، والظاهر أنّه بعد فرض عدم صدق الغرر لا يصدق عليها انّها مجازفة، أو الظّاهر كونهما متساويين في الصدق، وعلىٰ هذا فيدور البطلان مدار الغرر الشّخصي.

ولكنّ الإنصاف أنّ الالتزام بذلك في غاية الإشكال كما ذكره المصنّف، حيثُ أنّ ظاهر كلمات الأعلام، وفاقاً لظاهر بعض الأخبار على الموارد المشتملة على الغرر، وإن أمكن لكونها الغالب في الموارد، إلاّ أنّه خلاف المتبادر، بل لعلّه خلاف مقاصدهم، فالقول بكون التعيّن شرطاً تعبديّاً، ولو لحكمة سدّ باب المنازعات لا يخلو عن وجه.

وكيف كان، فيشكل الحكم في الفلوسات المتعارفة من نحو الدّراهم والدّنانير، حيثُ أنّ السّيرة قد استقرّت علىٰ عدم التّعيين من حيث الوزن، والاكتفاء فيها بالعدّ، بعد معرفة مقدار قيمتها، مع أنّها بحسب الظّاهر ليست من المعدود في شيء، ولذا يتحقّق فيها الرّبا لو بيعت بجنسها بلا إشكال وتأمّل.

والحاصل: أنّ أمر الدّراهم والدّنانير وما شابههما في غاية الصّعوبة، لأنّه إن قلنا عدديّة بعد صيرورتها كذلك، وخروجها عن كونها موزونة، باحداث بعض الأوصاف فيها، كما في الثّوب المنسوج من الغزل مثلاً، للزم أن لا تكون ربويّة، مع

أنّ كونها ربويّة بحسب الظّاهر من المسلّمات، بل لعلّ بعض الأخبار أيضاً ناصّة بذلك.

وإن قلنا بكونها موزونة، للزم أنْ لا يصحّ المعاوضة عليه إلّا بعد علم المتعاقدين بمقدارها، مع أنّ السّيرة قد استقرّت علىٰ عدم التّعيين.

ودعوىٰ: كون المقدار فيها معلوماً عند الأغلب، ممّا يكذّبها الوجدان السّليم، ضرورة عدم معلوميّة مقدار أغلب الفلوسات إلّا للأوحدي من النّاس، ومع ذلك لا يتأمّل أحدٌ من المتشرّعة في صحّة المعاملة بعد العلم بمقدار قيمتها.

ويمكن التفصّي عن الإشكال، بناء على إناطة الحكم مدار الغرر، بدعوى انتفاء الغرر في تلك الموارد، ولو مع الجهل بالمقدار، ضرورة أنّ الملحوظ في الأثمان عند العرف والعقلاء انّما هو معرفة مقدارها بحسب القيمة لا بحسب الوزن، ولهذا لا يعدّ الاقدام عليها إقداماً على المعاملة الغرريّة، هذا إذا قلنا بأنّ المناط الغرر شخصيّاً كان أو نوعيّاً، لما عرفت من ارتفاعه بعد العلم بمقدار الماليّة في الأثمان، ضرورة أنّ المقصود فيها نوعاً هو تحصيل مقدار من المال بملاحظة القيمة، لا من حيث خصوصيّتها، وعلىٰ هذا فيفارق الحكم في هذه المسألة بالنّسبة إلىٰ بعض المصاديق مع الحكم في مسألة الرّبا، لأنّ مناط البطلان فيها مطلق التّفاضل في العوضين إذا كانا من جنس واحد، إذا كان مكيلاً أو موزوناً من حيث الطّبيعة، ومقتضىٰ ذلك تحقّق الرّبا في الدّراهم والدّنانير، ولكن لا يتوقّف صحّة بيعها علىٰ معرفة الموزون، لعدم إناطة ارتفاع الغرر فيها بذلك.

وامّا لو قلنا بأنّ التّعيين شرط تعبّدي ففي التفصّي عن الإشكال إشكالٌ، اللّهم إلّا أن يلتزم بكفاية التّعيين الاجمالي، بمعنىٰ أنّ العلم بانضباط مقدارها بحسب النّوع بحيثُ لا يتخلّف عنها في الغالب، كما هو المتعارَف في الدّراهم والدّنانير بعد معرفة صفتها وجنسها بالمشاهدة، واحساس ثقالتها كافٍ في تعيين المقدار.

وبعبارة اُخرىٰ: أنّ علمها بأنّ الدّرهم المحسوس المُشاهَد له وزنٌ معيّنٌ عند

أهل الخبرة، لا يتخلّفُ ذلك عن هذا الوزن غالباً، كافٍ في رفع الجهالة المنافية للبيع اذا تبانيا علىٰ كونه بهذا المقدار. وعلىٰ هذا لو ظهر نقصانه عن المقدار المتعارف يثبت الخيار، نظير تخلّف وصف السّلامة.

ثمّ أنّه لو لم نقل بكفاية هذا المقدار من التّعيين، لتسرّى الإشكال في كثير من المقامات، بل في أغلب المعاملات، ضرورة أنّ أغلب النّاس لا يعلمون من الموازين المتداولة في أيديهم، فضلاً عن الموازين المختلفة الّتي يبتلى بها الإنسان حال المسافرة في المنازل المفرّقة، إلّا هذا المقدار، بمعنىٰ أنّه ليس كلّ واحدٍ يعرفُ مراتب المقادير مثل الصّاع والرّطل والأوقية والحقّة والمنّ وغير ذلك أنّها بكم مثقالٍ، بل لا يعرف المثقال أيضاً أنّه بكم حبّة، فلا يعرفُ منها إلّا كونها مرتّبة كذا، مُنضبطة عند العُرف، غاية الأمر أنّه ارتكز إجمالاً في أذهانهم لكلّ مرتبة من تلك المراتب، لأجل مشاهدة مصاديقها مراراً حدّ تقريبياً، ومن المعلوم أنّه لو اكتفي بذلك في رفع الغرر والجهالة، فلا يتفاوت الحال بين أوّل مشاهدته واحساسه، مع علمه بأنّ الموزون في أيّ مرتبة من تلك المراتب، وبين معاملته بعد ارتكاز مقدار تقريبي في ذهنه، إذ المرتكز بعد الممارسة انّما هو ما أحسّه في أوّل زمان المشاهدة.

وكيف كان، فلا إشكال في صحّة المعاملة المتعارفة الصّادرة عن أغلب النّاس، مع العلم بأنّ كثيراً منهم لا يعلم من تلك المراتب إلّا كونها شيئاً منضبطاً عند أهله، ومساوياً لمقدار تقريبي تصوّره في ذهنه، وعلىٰ هذا، فالمناط في خروج المعاملات عن كونها جزافيّة، معرفة كون الموزون من أيّ من تلك المراتب المنضبطة، مع علمه إجمالاً بمقداره التقريبي، سواء حصل هذا العلم من كثرة الممارسة، أو من مشاهدته حال البيع، وبمثل ما قلنا في هذا المقام نقول في مسألة الأثمان، مِنْ أنّه يكفي في معرفة الوزن علمه بأنّ هذا الثّمن الخاصّ مساوياً لما اعتبره المعتبر في مثل هذه الفلوس، ولا حاجة بعد ذلك في تعيينها بالوزن ثانياً، لأنّ المدار فيها على الرواج السّوقي لا على الوزن، مع أنّه لو كان البناء على الوزن أيضاً لكفىٰ في تعيينه انضباطه بحسب

نوعه، ولا حاجة في التّعيين، وأنّ خصوص الثّمن الشّخصي بعد احساس ثقالتها ومشاهدتها في الخارج، لما عرفت من عدم اعتبار أزيد من ذلك في نفس الكيل والوزن، كما أوضحنا لك آنفاً.

وعلىٰ هذا فيتّجه القول بصحّة المعاملات الصّادرة من الغرباء بعد مشاهدة واحساس مقدار المبيع بعد الكيل والوزن، ولكنّ المتعيّن قصر مورد الصحّة فيما لو شاهد المقدار الموزون له لا مطلقاً، لعدم مساعدة الدّليل عليه، والأصل في المعاملات الفساد كما لا يخفىٰ.

وقد يخطر بالبال أنّه يكفي في الصحّة علمه بنفس المرتبة المطّلوبة مِنْ حيثُ هي، كالمنّ والوزنة والأوقية مثلاً، مِنْ أنّ هذه المرتبة الخاصّة هي ما نُسمّيه في عرفنا مثلاً كذا بعد القطع بكون المرتبة أمراً مضبوطاً، ولا حاجة بعد ذلك إلى المشاهدة، كما هو الحال في غير أهل البلد غالباً، فمقتضىٰ ما ذكرنا صحّة معاملاتهم من دون حاجة إلىٰ تصوير المقدار إجمالاً أوّلاً قبل التّعيين، فتأمّل.

* * *

[في بيع متساوية الأجزاء]

قوله: «فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع»[1].

أقول: يمكن دعوىٰ صدق الغرر بـالنّسبة إلى بـعض المـصاديق في الصّـورة المفروضة، كما لو باع جريباً من ضيعة لا يدري نسبته إليها نسبة النّصف أو الثّلث أو العشر أو نصف العشر وغير ذلك، فانّ ضعف الشّريك وقوّته في الشّركة بحيثُ يَعدُّ الآخر في جنبه كالمعدوم ممّا يتعلّق به الأغراض، ويكونُ من المقاصد العقلائيّة، بل ربّما يختلف لأجله الثّمن، فيجبُ معرفتها دفعاً للغرر فتأمّل.

قوله: «أمّا الوجه الثّالث فيردّه...»[2].

أقول: قد عرفت فيما سبق أنْ ليس المدار في الغرر ـ نفياً وإثباتاً ـ علىٰ معرفة القيمة، أو الأوصاف الّتي تختلف لأجلها القيمة، وعلىٰ هذا فـيتوجه عـلى الردّ أنّ العلم بأوصافه الشخصيّة في العبد ونظائره من المقاصد العقلائيّة، وتختلفُ الأغراض

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٥ سطر ٨.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٩٥ سطر ٢٥.

لأجلها، وإنْ لم تختلف الأثمان من جهتها، فيوجُب الجهل بها اتّصافها بالغرر، كما تقرّر ملاك المطلب فيما سبق فتأمّل.

قوله: «امّا الرّابع فبمنع احتياج صفة الملك إلى وجود خارجي...»[1].

أقول: ظاهره تسليم كون المبيع على الفرض أمراً اعتباريّاً.

وفيه: أنّ المبيع في الحقيقة على الفرض هو كلّ واحدٍ من الأشخاص الموجودة في الخارج بخصوصيّته، مع دخول التّرديد فيها، بمعنى الغاء خصوصيّة التّعيين، أعني عدم ملاحظتها حال البيع لا ملاحظة عدمها، حتّىٰ يقال أنّه بهذا الاعتبار لا وجود له في الخارج، فيجبُ أن يكون كلّياً متصادقاً علىٰ كلّ واحدٍ من تلك الأفراد، بل البيع أنّما هو نفس الغرر، بالغاء اعتبار الخصوصيّة، وإنْ كان لا ينفكّ عنه في الوجود الخارجي أنّه ليس من المستحيل عدم ملاحظتها.

وإنْ شئت مزيد توضيح ذلك فقس حال ما نحن فيه على الأوامر الصّادرة في مثل قولك (أكرم زيداً أو عمرواً) و(اضرب بكراً أو خالداً) أو (اعتق بلالاً أو مباركاً) و(اشتر لي خُبزاً أو تمراً) أو غير ذلك ممّا لا يحصىٰ. ومن البيّن أنّ متعلّق الأوامر في الأمثلة ليس أمراً اعتباريّاً، بل هو نفس الأشخاص بالغاء خصوصيّة التّعيين، ومن هذا القبيل ما لو قال (بعني أحد هذين الشّيئين) أعني الخبز والتّمر مثلاً. ولا شبهة أنّه يصحّ امتثال مطلوبه، وانشاء بيع ما تعلّق به طلبه علىٰ نحو ما تعلّق به طلبه، بأن قال «بعتك أحدهما» وأراد انتقال نفس أحد الفردين من غير ملاحظة خصوصيّة التّعيين علىٰ نحو تعلّق به طلبه.

وتحقيق الحال: بحيثُ تنحسم به مادة الإشكال، أنّ مفهوم أحدهما وإنْ كان أمراً انتزاعياً غير متأصّل، إلّا أنّه عنوانٌ إجماليٌّ، لملاحظة ما انتزِع منه، وليس هو

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٥ سطر ٢٧.

بنفسه من حيثُ هو في هذه المقامات مناطاً للحكم نفياً وإثباتاً، وانّما الحكم لما هو عنوانٌ له، فيكون واسطةً وطريقاً في إثبات أحكام المعنون، كيف وإلّا فمفهوم أحدهما كلّي، فلو تعلّق البيع به من حيثُ هو لخرج عن المفروض، لأنّ المفروض كون المبيع فرداً منتشراً، وكيف كان، فلا فائدة معتدٌّ بها في إثبات أنّ متعلّق البيع في قولك «بعتُ أحدهما» خصوص الفردين لا المفهوم الكلّي، إذ ليس المراد تعيين معنى اللّفظ، بل المقصود إثبات معقوليّة كون البيع فرداً غير معيّن، سواء تأدّىٰ هذا المعنىٰ بلفظ أحدهما أو بلفظ آخر، وبعدما علمنا بأنّه يصلح لأن يكون بهذا النّحو متعلّقاً للطّلب، كما في قولك «بعني أحدهما» أو بلفظ آخر، أو «اشتر لي أحدهما» بحيثُ يكون الفرد المنتشر مطلوباً في عرفنا، صلاحيّته للبيع والشّراء أيضاً كذلك، إذ لا نعقل الفرق بينهما، وعلى المانع ابداء الفرق بحيثُ يكون صالحاً للمانعيّة، فافهم وتأمّل.

قوله: «الثّالث من وجوه بيع البعض من الكلّ أن يكون المبيع طبيعة كلّية...»[1].

أقول: لا يخفىٰ عليك أنّ المراد بالكلّي في هذا المقام هو القدر المشترك بين الأفراد الموجودة الخارجيّة، أعني الطّبيعة السّارية فيها، المتقوّمة بكلّ فرد منها، وهذا هو المعبّر عنه بالكلّي الخارجي، بمعنىٰ أنّ ظرف المبيع المتّصف بالكلّية أنّما هو في الخارج لا في الذّهن.

وقد أشكل علىٰ بعض المحصّلين من المعاصرين تصوير هذا المعنىٰ، لما يُتراءىٰ التّناقض بين اتّصاف المبيع بكونه كلّياً، مع فرض كونه موجوداً في الخارج، ضرورة أنّ الشيء ما لم يتشخّص لم يوجد، وبعد الوجود ليس فيه ابهامٌ واشتراك، بل كلّ

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٦ سطر ٦.

فرد منه مباين للآخر، وليس فيها جامعٌ خارجيٌ موجود في الخارج على نحو الابهام والكلّية، فلو كان المبيع كلّياً لوجب أن يكون ظرفه في الذّهن لا في الخارج.

وفيه: أنّه قد تقرّر في محلّه أنّ الطّبايع المطلقة موجودةٌ في الخارج بوجود أفرادها، ولا مانع من وقوعها بهذه الملاحظة متعلّقة للبيع، وكونها غير منفكّة عن الخصوصيّات المشخّصة في الخارج غير منافٍ لذلك، لإمكان إلغاء الخصوصيّات في اللّحاظ وتعليق البيع علىٰ نفس الطّبيعة منْ حيثُ هي، بمعنىٰ عدم ملاحظة الخصوصيّات جزءً للمبيع، وانْ كانت لا تنفكّ عنها في الوجود، كما ذكرنا في الفرد المنتشر من إلغاء قيد التعيّن، مثلاً طبيعة الماء الموجودة في هذا الحوض مطلقة متحصّلة في جميع جزئيّاته، قليلاً كان أو كثيراً، فاذا قيّدت هذه الطّبيعة بكونها صاعاً منه تبقىٰ علىٰ كلّيتها بالنّسبة إلىٰ غير هذه الخصوصيّة، بمعنىٰ أنّ كلّ صاعٍ يُفرض فهذه الطّبيعة متحصّلة به وخصوصيّاتها الشّخصية خارجة عنها ومحصّلة لها، فهذه الخصوصيات الشخصية وإن كانت سبباً لتحصيلها وتأصّلها في الخارج، إلّا أنّها بعد التّحصيل والتقوّم تصير موجودة خارجيّة، ولو بسبب تلك العوارض المشخّصة، فيمكن أن تكون متعلّقة للبيع، مع قطع النّظر عن تلك الخصوصيّات، فهذه الخصوصيّات خارجة عن حقيقة المبيع، وهي من حيثُ هي متحقّقة في ضمن كلّ فرد من تلك الأفراد، من غير فرق، وليس المبيع نفس الطّبيعة بشرط التّعرية عن المشخّصات حتّىٰ يمنع وجودها في الخارج.

وبما ذكرنا ظهر اندفاع التوهّم السّابق، يعني استلزام كون الشّي الخارج منهما مشتركاً غير متشخّص، وهذا ينافي الوجود الخارجي.

توضيح الاندفاع: أنّ المبيع أنّما هو الطّبيعة المهملة من حيثُ الذّات المشخّصة بالعوارض المكتنفة بها بالغاء خصوصيّة التّعيين، بمعنىٰ عدم ملاحظتها في تقوّم المبيع، لا بشرط الابهام وعدم التشخّص، فالمبيع منْ حيثُ هو الطّبيعة لا بشرط شيء، لا بشرط عدم الخصوصيّة حتىٰ لا يعقل تأصّلها في الخارج.

ومحصول الكلام: في المقام أنّ الطّبيعة المتصوّرة في الذّهن، المنتزعة من الوجودات الخارجيّة، لابدّ أن يكون لها منشأ انتزاعٍ في الخارج في ضمن الخصوصيّات، ولا استحالة في جعل ذلك المنشأ متعلّقاً للبيع من غير ملاحظة تلك الخصوصيّات فالمبيع هي الطّبيعة الخارجيّة، وامّا اتصافها بالكلّية فهو باعتبار وجودها الّذهني، وإلّا فالموجود الخارجي لا يتّصف بالكلّية والجزئيّة، لا لما ذكره المتوهّم، بل لأنّهما من المعقولات الثّانية، فالوجود أنّما هو في الخارج، وظرف الإتصاف في الذهن، فافهم وتأمّل فانّ المقام لا يخلو عن دقّة، ولذا أطلنا الكلام فيه، فتأمّل.

* * *

[في بيع الصاع من الصبرة]

قوله: «دفع الأوّل بأنّ مقتضى الوضع في قوله صاعاً من صبرة هو الفرد المنتشر...»[1].

أقول: وجه الظّهور صيرورته لأجل التّنوين نكـرة بحسب الظّـاهر، نـظير رجلٌ، وقد ذكروا في محلّه أنّ رجل مع التّنوين ظاهرٌ في الفرد المنتشر.

ولكن يمكن منع الظّهور في الصيعان المجتمعة بدعوىٰ أنّ الاجتماع قرينة صارفة للظاهر عن ظهورها، لبُعد إرادة فردٍ غير معيّنٍ مـن الصـيعان حـال كـونها غـير متميّزة، بل ولا متشخّصة في الخارج إلّا بنحو من الاعتبار.

وكيف كان، فالمتعيّن رفع اليد عن ظهور لفظ «الصّاع»، إمّا لما ذكره المصنّف من بطلان هذا القسم من البيع على الفرض، وإمّا لما ذكرنا من كون الاجتماع قرينة على إرادة خلاف الظّاهر.

ثمّ أنّه بعد ذلك، هل يُحمل على الكلّي أو الإشاعة؟

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٦ سطر ٢٦.

الظّاهر الأوّل، وما ذكره المصنّف‌ﷺ من أنّ مقتضىٰ معناه العرفي هو المقدار المقدّر بصاع، وظاهره حينئذٍ الإشاعة، لأنّ المقدار المذكور من مجموع الصّبرة.

ففيه: أنّ كون مقتضاه بحسب المتفاهم العرفي كذلك مسلّم، إلّا أنّ تنزيل هذا المعنىٰ على الإشاعة ممنوعٌ، لأنّ هذا المعنىٰ مفهومٌ كلّي يصدق علىٰ جميع مصاديقه، بمعنى أنّ كلّ مقدار يفرض من تلك الصّبرة مقدّرٌ بصاعٍ، سواء كان ذلك المقدار مفروزاً أو مشاعاً، فهو مصداقٌ لهذا المفهوم، فإرادة خصوص الفرد المشاع من هذا المفهوم يحتاج إلى اعتبار زائدٍ يدلّ عليه اللّفظ، وهو مفقودٌ في المقام كما لا يخفىٰ.

قوله: «وإنْ قبضَ في ضمن الباقي بأن قبضه البائع مجموع الصّبرة...»[1].

أقول: إقباض الكلّي في ضمن المجموع يتصوّر علىٰ وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يدفع إليه الصّبرة ويتعيّن حقّه في المجموع علىٰ سبيل الإشاعة، فتكون الصّبرة علىٰ هذا الفرض بعد القبض مشتركاً بينهما علىٰ نحو الإشاعة، وبذلك يتعيّن حقّ المشتري في الفرد المشاع، وليس له الامتناع عن القبول، لما عرفت من أنّ حقّ التّعيين للمالك، وليس للمشتري إلّا مطالبة نفس الطّبيعة، وهي تؤدّىٰ باداء كلّ فرد، سواء كان مفروزاً أو مشاعاً، فيجبُ عليه القبول، نعم له مطالبة القسمة كما في جميع الأملاك المشاعة.

ثانيها: أنْ يدفع إليه المجموع على أن يكون أمانةً عنده، بحيثُ يكون حاله بعد القبض كحاله قبله من غير الغائه اختيار التّعيين، الثّابتُ له بمقتضى العقد، فيكونُ مقصوده كونها أمانةً لديه حتّىٰ يُعيَّن حقّه متى أراد، وهذا وإن كان مقتضاه وصول حقّه الواقعي علىٰ ما هو عليه بعنوان الكلّية، لعدم معقوليّة كون ما هو حقٌّ واقعيٌّ له

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٧ سطر ٧.

الثّابت في الصّبرة الموجودة أمانة عنده، إلاّ أنّ القبض، وإيصال الحقّ إليه بهذا النّحو لا يؤثّر في تشخيص حقّه وتعيينه في ضمن فردٍ من الأفراد. ولهذا ليس بعد القبض منعُ المالك عن التصرّف في المصاديق أصلاً، ما لم يؤدّ إلى اتلاف مجموع الصّبرة، بحيثُ لم يبق له مقدار ما يتعيّن به حقّه، فحاله بعد القبض وقبله سواء.

ثالثها: أن يدفع إليه المجموع، بعنوان كونه اداءً لحقّه الواقعي علىٰ ما هو عليه، مِنْ غير تعيينه في خصوص شخص مع بنائه على سلب اختيار التّعيين عن نفسه، بحيثُ تكون نسبته إليها كنسبة شخصٍ ثالث قد ابتاع منه ما عدا الصّاع بعنوان الكلّية، فبعد قبول المشتري لها منه علىٰ هذا النّحو يكون مجموعُ الصّبرة مشتركاً بينهما لا على نحو الإشاعة، بل بمعنىٰ أنّ كلاًّ منهما مالكٌ لجزء منها علىٰ نحو الكلّية.

وبعبارة أوضح: أنّ كلاًّ منهما بعد تبانيهما علىٰ هذا المعنىٰ مالكٌ لطبيعة متحصّلة في ضمن الصّبرة، متصادقة علىٰ كلّ فردٍ يفرض منها، موافقاً لما يملكه كلّ منهما، ومقتضىٰ هذا المعنىٰ عدم جواز تصرّف المالك بعد ذلك في الأفراد كالمشتري، لصيرورة ملكه أيضاً كليّاً، فلا يجوزُ لأحدٍ منهما الاستقلال بالتصرّف إلاّ باذن الآخر.

إنْ قلت: فعلى هذا يجبُ أن لا تكون الأفراد الموجودة في الخارج، المشارُ إليها بالإشارة الحسّية ملكاً لأحدهما، وهذا غيرُ معقول.

قلت امّا أوّلاً: فبالنّقض بما لو باع الصُّبرة المشتملة على عشرة أصوع علىٰ عشرة أنفسٍ مثلاً، كلّ صاع منها لشخص بعنوان الكلّية، ومن المعلوم أنّه لا يجوز انكار الصّحة في المثال بعد تسليم جواز بيع الكلّي، كما أنّه لا يجوز الالتزام ببقاء الخصوصيّات علىٰ ملك المالك الأصلي بعد بيع العشرة أصوع، لأنّ الخصوصيّات لا تنفكّ عن الطّبايع الموجودة، حتّىٰ تبقىٰ علىٰ ملك المالك، بعد انتقال الطّبايع بحذافيرها، غاية الأمر أنّها لم تُلْحظ فيها حال البيع بعنوان الجزئيّة، كما تقرّر فيما سبق، فما يندفع به الإشكال عن المثال نلتزم فيه فيما نحن فيه أيضاً.

وثانياً: فبالحلّ بما يمكن أن يتصيّد ممّا أشرنا آنفاً، وهو أنّ الأفراد الخارجيّة ليست إلّا الطّبيعة الموجودة المتشخّصة، وبعد صيرورة الطّبيعة الخارجيّة مِلْكاً لأحدٍ تتبعه الخصوصيّات لا محالة، إلّا أنّها ليست ملحوظة علىٰ سبيل الجزئيّة في ماهية ما يقوّم الملكيّة، أعني العنوان الكلّي، فالخصوصيّة أيضاً مملوكة بالتّبع من باب المقدّمة، ولذا نقول بتعيين حقّ المشتري في الموجود، لو لم يبق من الصّبرة إلّا صاعٌ، فيما لو اشترىٰ صاعاً كلّياً منها.

والحاصل: أنّ الصّبرة الموجودة بعد فرض كونها بتمامها منطبقة على الكلّيين، أعني ما ملكه البائع وهو طبيعة ما عدا الصّاع وما ملكه المشتري وهي طبيعة الصّاع، فهو لها بخصوصيّاتها علىٰ سبيل ا لاشتراك على النّحو المتقدّم لا علىٰ نحو الإشاعة، ولكنّ الخصوصيّات ليست من مقوّمات مِلْك أحدٍ منهما، بل كلّ فرد يُفرض منهما بحيثُ ينطبق على أحد من الكلّيين يَصحُّ أن يجعل مصداقاً، فتأمّل فإنّ المقام في غاية الدقّة.

إذا عرفت ما ذكرنا فنقول: إنّه لا خفاء في أنّه لو تلف بعض الصُّبرة التي قبضها، يُحسبُ علىٰ كلّ منهما في الصّورة الأُولىٰ، إذ المفروض صيرورة حقّه مشاعاً بالقبض، ومعنى الإشاعة علىٰ ما ذكرنا سابقاً أنّ له في كلّ جزء يفرض جزء بالنّسبة إلى حقّه، والظّاهر أنّ هذا التّعبير كناية عن أنّ الملك المشاع شيءٌ واحدٌ مرتبط بشخصين، فليس أحدٌ منهما مستقلاً في ملكيّة جزء، وكيف كان، فالتّالف نسبته إليهما علىٰ حدّ سواء، وهذا ممّا لا إشكال فيه، كما أنّه لا إشكال في كون التّالف من مال البائع في الصّورة الثّانية، لما عرفت من أنّ نسبة المشتري إليها بعد القبض كنسبته إليها قبل القبض، فكما أنّ تلفه قبل القبض من مال البائع فكذلك بعد القبض، لعدم تعيين حقّ المشتري في شيء من الخصوصيّات بنحوٍ من الأنحاء.

نعم، يبقى الإشكال في الصّورة الثّالثة، ولكنّ الظاهر فيها أيضاً أنّه محسوبٌ عليهما، حيثُ أنّ نسبتها إليهما علىٰ حدٍّ سواء، فاختصاص أحدهما بالتّالف دون

الآخر ترجيحٌ من غير مرجّح، فهذه الصّورة والصّورة الأُولىٰ مشتركان في هذا الحكم، فقبض الكلّي علىٰ هذا النّحو بمنزلة قبض الفرد المشاع حكماً.

هذا، وليتنبّه المتأمّل فيما ذكرنا علىٰ دفع الإشكال عن مسألة الاستثناء، إذ لا فرق عند التّحقيق بين أن يكون المبيع صاعاً من صبرة موجودة، أو مجموع الصّبرة إلّا صاعاً منه، في أنّ اختيار التّعيين بيد البائع، ضرورة أنّ المفروض في مسألة الاستثناء أنّ البائع أيضاً لم ينقل إلى المشتري إلّا ما عدا الصّاع الموضوع لنفسه، لا أنّه انتقل أوّلاً تمام الصّبرة إلى المشتري حتّىٰ يحتاج تملّك الصّاع إلىٰ نقلٍ مستأنف من المشتري إليه، بل لعلّ كونه كذلك في عقدٍ واحد لا يُعقل إلّا بأن يجعل الصّاع جزءً من الثّمن، وعلىٰ هذا فيصير ما انتقل إلى المشتري أيضاً كلّياً معنوناً بعنوان ما عدا الصّاع، وإنْ لم يصرّح بهذا اللّفظ، بل استثناء الصّاع الكلّي ملازمٌ لصيرورة ما انتقل إلى المشتري كلّياً، ضرورة أنّ أيّ صاعٍ أفرز البائع ودفع المشتري ما عداه يكونُ مطابقاً لحقّه، فليس له إلزام البائع علىٰ خصوصيةٍ أُخرىٰ، بأن يُلزمه على أخذه فرداً آخر غير ما أفرزه أوّلاً، واداء ما عداه. وهذا ظاهر للمتأمّل، بل لا سترة فيه أصلاً، إذ لا نرىٰ فرقاً بعد مراجعة الوجدان بين أن يبيع البائع أربعة أصوع أو خمسة أو ستّة من صُبرة يكون مجموع صيعانها عشرة في أنّ ما في نفس البائع في تلك الأمثلة شيءٌ واحد، بمعنىٰ أنّ مقصوده في جميعها بيعُ مقدار من المجموع، وابقاء مقدارٍ آخر منه لنفسه. غاية الأمر أنّه يختلف تعبيره في أداء المقصود بالنّسبة إلى الأمثلة، فمتىٰ لم يبلغ النّصف يعبّر بقوله «بعتك صاعاً أو صاعين» أو غير ذلك، وإذا بلغ النّصف يصرّح النّصف غالباً، إذا جاوز النّصف يعبّر بلفظ الاستثناء غالباً، فكما أنّ له تعيين المبيع في المثال الأوّل، فكذا له ذلك في غيره من غير فرق، لاتّحاد الدّليل كما لا يخفىٰ، وعلىٰ هذا فلو أقبض مجموع الصّبرة وسلّمه إلى المشتري، لا يخلو الحال عن الصّور الثّلاثة المتصوّرة في قبض الكلّي، بل لا يبعد دعوى أنّ الغالب ممّا يتحقّق في الخارج كونه من القسم الأوّل، أعني ما كان الإقباض فيه معيّناً لحقّه في الفرد المشاع، ولعلّ كونه

من القسم الثّاني أعني ما كانت أمانةً عنده مجرّدُ فرضٍ لا يتحقّق في الخارج، كما لا يخفىٰ علىٰ النّاظر المتأمّل في المعاملات الواقعة بين العرف، في خصوصيّات الموارد الواقعة علىٰ هذا القسم بكثرتها.

وكيف كان، فلا ينبغي التأمّل في أنّ قبض الكلّي في المعاملات العرفيّة أما أنّه من القسم الأوّل، أو الثّالث الذي هو أيضاً مشتركٌ مع الأوّل في الحكم المذكور سابقاً، أعني كون التّالف محسوباً عليهما، كلٌّ بالنّسبة إلى حقّه.

إذا تأمّلت فيما ذكرنا، علمتَ أنّ ما ذكروه في مسألة استثناء الأرطال أنّه لو خاست الثّمرة يحسبُ التّالف عليهما، أنّما هو علىٰ وفق القاعدة، كما أنّه في سابقه أيضاً، أعني مسألة الصّاع أيضاً، علىٰ حسب القاعدة، فما ذكره بعضٌ في المقام تصحيحاً للجمع بين الحكمين، من أنّ الالتزام بالأوّل والثّاني أنّما هو لأجل الدّليل، مثل الإجماع وغيره ليس على ما ينبغي.

نعم، يتوجّه علىٰ ما ذكرنا إشكالٌ وهو أنّ مقتضىٰ ما ذكره أن يكون المبيع بعد القبض مشاعاً أو بحكم الإشاعة، فلا يجوز لأحدهما الاستقلال بالتصرّف بدون الآخر، وكذا لو كان اختيار التّعيين قبل القبض بيد البائع، وكلٌّ من الحكمين مخالفٌ للسّيرة القطعيّة المحقّقة عند العرف، الثّابتة عند من لاحظ طريقتهم في بيع الثّمار وغيرها من الموارد.

ويدفع الإشكال: بعد تسليم السّيرة، بأنّ استقلال المشتري بالتصرّف، وكذا كونه مختاراً في التّعيين في نظر العرف، انّما هو للقرائن الحاليّة، وظهور فعل البائع في رفع اليد عنه، وتسليط المشتري عليه تسليطاً مطلقاً، وجعل نفسه بمنزلة الأجنبي في مثل تلك المقامات، خصوصاً لو لم يكن المستثنىٰ مقداراً معتدّاً به بالنّسبة إلى المستثنىٰ منه، هذا كلّه مع أنّ السّيرة في غير مثل الثّمرة ممّا لا يترتّب المقاصد غالباً، إلّا علىٰ سلطنة المشتري على المبيع، حتّىٰ لا يفوته بعض المنافع، إذ بدونها تكون في عرضة الضّياع والتّلف ممنوعة غاية المنع، بل لا أظنّ أحداً يلتزم بجواز استقلال

المشتري في التصرّف في الصُّبرة التي اشترىٰ منها ستّة أصوع وبقي أربعة منها علىٰ ملك البائع من دون اذن البائع ورضاه، ولعلّ السّيرة في مثل الّثمرة الّتي لا تنفكّ عن الاذن غالباً، بل لعلّ تصرّف المشتري في مثل الّثمرة مركوزٌ في أذهانهم من أوّل الأمر، فيكون بنائهم في المعاملة علىٰ ذلك، فهو حينئذٍ بمنزلة الاشتراط.

وكيف كان، فالّذي تقتضيه القاعدة ما ذكرناه أوّلاً، وامّا جواز تصرّف المشتري مستقلّاً فهو موقوف على اذن البائع وهو موجودٌ في كثير من المقامات، مستفادٌ من القرائن الحاليّة وغيرها كما لا يخفىٰ.

***

[في البيع برؤية قديمة]

قوله: «وكيف كان، فاذا باع واشترىٰ برؤية قديمة فانكشف التغيّر تخيّر المغبون...»[1].

أقول: وفيما ذكرهﷺ مناقشة، إذ ليس المراد من هذا الخيار الّذي ندّعيه في هذا المقام هو خيار الغبن، ضرورة تخلّف الغبن عن كثير من موارد التغيّر، وعدم إناطة الغبن بالتّغيّر، فالمراد اثبات سببيّة نفس التغيّر للخيار، فحينئذٍ نقول أنّ المبيع بالرؤية القديمة علىٰ قسمين:

قسمٌ: يعتبر الأوصاف في المبيع بعنوان القيديّة والاشتراط، فلا إشكال في ثبوت الخيار في هذا القسم بعد ظهور التغيّر.

وقسم: لا يكون كذلك، بل المقصود من المبيع، أنّما هو نفس المبيع، وأنّما يفتقر إلىٰ معرفة الأوصاف لخروج البيع عن كونه غرريّاً، لا لأنّ الوصف ملحوظٌ في نظر هذا المشتري الخاصّ، وذلك كما لو تعلّق غرضه بشراء الحنطة من حيثُ هي من

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٨ سطر ٣١.

دون مدخليّة كونه أبيض أو أحمر في متعلّق قصده، فمتىٰ أراد شرائها لابدّ من أن يشاهدها بحيثُ ترتفع الجهالة تصحيحاً للبيع، وبعد المشاهدة يوقع العقد علىٰ ذات المبيع، لا على العين المتّصفة بالوصف المُشاهَد، وحينئذٍ فلو بان خطأه في الحسّ لا يثبتُ له الخيار، لعدم أخذ الوصف قيداً للمبيع، ولو في حاقّ الواقع، فلا وجه لثبوت الخيار بعد ظهور الخطأ، وانّما اعتبر المُشاهَدة لأجل خروج المعاملة عن كونها غرريّة، لا لامتناع إيقاع العقد على العين المشاهدة من دون مدخليّة للأوصاف في قوام المبيع.

نعم،، معرفتها بحيثُ يرتفع بها الجهالة معتبرةٌ في صحّة البيع، لا أنّها مأخوذة في المبيع بعنوان الاشتراط، مع أنّه يمكن أن يقال فيما لو تعلّق غرضه بالأوصاف الشخصيّة أيضاً لا يوجب التغيّر التّخيير غالباً في البيوع المتعارفة، لأنّ الأوصاف فيما بعد المشاهدة من قبيل الدّواعي، فلا توجبُ تقييد المبيع، بمعنى أنّ المشتري إذا شاهد وصفاً في المبيع فاشتراه لاشتماله علىٰ هذا الوصف، فانّما يشتري نفس العين من حيثُ هي بزعمه أنّه واجدٌ لهذا الوصف، ولا يأخذه قيداً في المبيع، كما لا يخفىٰ على من راجع وجدانه ولاحظ المعاملات الخارجيّة.

وكيف كان،، فحال الاستصحاب بعد فرض اعتباره حال نفس المشاهدة، إذ كما أنّ المشاهدة طريقٌ واقعيٌ لمعرفة المبيع، كذلك الاستصحاب طريقٌ بجعل الشّارع، فكما أنّه يصحّ إيقاع العقد على العين المشاهد، من دون اعتبار الأوصاف علىٰ نحو الشرطيّة، بحيثُ يوجب خطأها الخيار، كذلك فيما لو أحرز الأوصاف بالاستصحاب.

اللّهم إلّا أن يلتزم بالخيار في المشبّه به أيضاً، أو يقول بالفرق بين المقامين، حيثُ انّ المشاهدة نادراً يتخلّف، ولا يعتنىٰ باحتمال التخلّف فيها حتّىٰ يؤخذ الأوصاف في المبيع علىٰ نحو التّقييد، وهذا بخلاف الأوصاف الثّابتة بالاستصحاب، فتأمّل.

قوله: «والصّفات المرئيّة سابقاً حيثُ أنّ البيع لايصحّ إلّا مبنيّاً عليها...»[١].

أقول: قد عرفت أنّه محلّ كلامٍ، إذ بعد فرض اعتبار الاستصحاب من باب الطريقيّة، وكونه مُحرزاً للواقع، يكون كنفس المشاهدة، فكما لايجبُ بعد المشاهدة البناء علىٰ كونه واجداً للأوصاف، كذلك في هذا المقام.

قوله: «من عدم وجوب تسليم الثّمن والمثمن في مدّة الخيار وإنْ تسلّم الآخر»[٢].

أقول: استصحاب عدم وجوب التّسليم غَيرُ مثبتٍ لعنوان الخيار، لعدم كونه من اللّوازم المجعولة شرعاً، هذا ما قرّره سيّد مشايخنا دام إفاضاته.

ويرد عليه: أنّ عنوان الخيار وإنْ لم يكن أثراً مجعولاً، إلّا أنّ المستصحب أمرٌ شرعيّ فيترتّب عليه جميع الآثار، ولو لم يكن شرعياً، كما تحقّق في محلّه.

لا يقال: إنّ عدم وجوب التّسليم انّما يساوق عدم لزوم العقد، وعدم وجوب الوفاء به، وهذا المعنىٰ في حدّ ذاته أعمٌّ من ثبوت الخيار وفساد البيع، فليس ثبوت الخيار من لوازم المستصحب، وأنّما اللّازم أمر أعمّ، فلا يثبت به الخيار.

لأنّا نقول: لا شكّ في أنّ العقد الواقع متّصفٌ بالصحّة، فعدم وجوب الوفاء به بعد فرض الصحّة ملازمٌ لكونه خياريّاً، فيترتّب على المستصحب، فافهم وتأمّل.

وعلىٰ هذا فما ذكره المصنّف ﷺ، مِنْ أنّه لا مدفع لهذا الوجه إلّا أصالة عدم سبب الخيار لو تمّ لا يخلو عن وجه.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٨ سطر ٣٥.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ١١.

قوله‌ﷺ: «والثّاني مع معارضته بأصالة عدم علم المشتري بالمبيع علىٰ وصف آخر»[١].

أقول: وهذا الأصل ليس له أثرٌ شرعيٌّ مجعول بلا واسطة، فلا يصلح للمعارضة، نعم، يصحّ أن نمنع كلّاً من الأصلين إلّا بناءً على الأصل المثبت، وعلىٰ هذا الفرض فهما سيّان، فيتعارضان.

توضيحه: أنّه إنْ اُريد من أصالة عدم علم المشتري بالمبيع علىٰ هذا الوصف، أو غير هذا الوصف، عدم علمه بالمبيع بوصف كونه مبيعاً، فليس له حالة سابقة حتىٰ يستصحب، لأنّ هذا نظير قولك الأصل عدم وقوع هذا العقد على الشيء المتّصف بهذا الوصف، أو بغير هذا الوصف. ومعلوم أنّه ليس للمستصحب علىٰ هذا الفرض حالة سابقة.

وإن اُريد منه عدم تعلّق علمه بذات المبيع المتّصف بكونه سميناً مثلاً، مع قطع النّظر عن وقوع البيع عليه، فلا يثبتُ به أنّ البيع واقعٌ علىٰ غير السّمين مثلاً، إلّا بناء على الأصل المثبت.

فإن قلت: من آثار الشّيء الغير المرئي بتلك الخصوصيّة أنّه لو وقع عليه البيع، لكان خياريّاً، والمفروض صدور العقد في الخارج بالحسّ، فليحكم بثبوت الخيار لكونه من لوازمه المجعولة.

قلت: ليس من آثار عدم الرّؤية ثبوت الخيار، بل أثره أنّما هو عدم لزوم العقد لو وقع عليه، وهو أعمٌّ من الفساد، وكون العقد خياريّاً يحتاج إلىٰ سببٍ خاصّ، والأصل عدمه.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ١٣.

قولهﷺ: «الثّالث بأنّ حقّ المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً...»[١].

أقول: قد تقدّم أنّ البيع بالرّؤية عبارةٌ عن بيع نفس المرئيّ، أعني الشّيء الخاصّ الخارجي، وأنّ اعتبار الاستصحاب أنّما هو لأجل تحصيل معرفة المبيع، نظير نفس الرّؤية، وليس الحاجة إلى الاستصحاب لاحراز الأوصاف المرئيّة حتّىٰ تعتبر تلك الأوصاف في المبيع بعنوان الاشتراط، فيكونُ البيع بناء علىٰ تلك الأوصاف، لما أشار إليه المصنّفﷺ من أنّ البيع بالبناء حقيقةً خارجٌ عن البيع بالرّؤية، فحينئذٍ نقول إنّ الشّخص المرئي الخارجي، امّا أنّه كان هازلاً وقت الرّؤية أو سميناً، فإن كان هازلاً فقد وقع العقد عليه ووصل حقّه إليه، وإن كان سميناً حال الرّؤية ووقع البيع عليه، فلم يصل حقّه إليه أصلاً، إذ ليس حقّه متعدّداً، بل حقّه متعلّقٌ بجزئيّ خارجيّ مباين في الوجود مع المطلق، وليس هذا من قبيل المطلق والمقيّد في الأوامر حتّىٰ يقال أنّ المطلق قد وصل إليه. وتعلّق الحقّ بالقيد مشكوكٌ مدفوع بالأصل، بل الأصل في كلّ منهما علىٰ تسليم الجريان معارضٌ بالمثل، لمباينة متعلّقهما في الوجود الخارجي، ولا ينافي ما ذكرنا عدم كون الهزال وصفاً وجوديّاً معتبراً في المبيع، لأنّ المدار ليس علىٰ ذلك، بل على اختلاف متعلّق البيع علىٰ كلّ تقدير، كما لا يخفىٰ.

قوله: «ويمكن بناء المسألة...»[٢].

أقول: قد ظهر انّ هذا البناء لا يخلو عن تأمّل، فتأمّل.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ١٥.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ١٦.

قوله: «فحينئذٍ يرجعُ النّزاع إلىٰ وقوعه علىٰ ما ينطبق على الشّيء الموجود حتّىٰ يلزم الوفاء به وعدمه، والأصل عدمه»[١].

أقول: ما ذكره ﷺ في هذا المقام حقٌّ مطابقٌ لما أشرنا إليه، إلّا أنّ الأصل الذي ذكره أخيراً لا يثبت عنوان الخيار، لأنّ سبب الخيار مركّبٌ من عدم وقوع العقد علىٰ ما ينطبق، ووقوعه علىٰ ما لا ينطبق، فنفي أحد جزئيه بالأصل، لا يثبتُ تمام العلّة، كما تقرّر في محلّه.

وبتقرير آخر: أنّ أثر الأصل المزبور ليس إلّا عدم لزوم العقد، وهو أعمٌّ من ثبوت الخيار، نعم، يمكن دعوىٰ خفاء الواسطة في المقام، بدعوىٰ أنّ العرف لا يفهمون من عدم لزوم العقد الواقع إلّا كونه خياريّاً.

وفيه: ما لا يخفىٰ.

قوله ﷺ: «والأصل مع المشتري...»[٢].

أقول: قد عرفت ما فيه فيما سبق.

قوله ﷺ: «فانّ عدم وصول حقّه إليه يُثبت موضوع خيار تخلّف الوصف»[٣].

أقول: موضوع هذا الخيار أنّما هو مغايرة المدفوع للمبيع، فلا يثبتُ باصالة عدم دفع العوض إليه، وامّا عدم وصول الحقّ، ففيه كلامٌ سنوضّحه عن قريب إن شاء الله.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ٢٢.

٢ ـ كتاب المكاسب: ١٩٩ سطر ٢٦.

٣ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢.

قوله: «ومن المعلوم أنّ عدم الانطباق هو الموافق للأصل»[١].

أقول: إنّ عدم الانطباق ليس له حالة سابقة حتّىٰ تُستصحب.

قوله: «وكذا صحّة ما في التّذكرة...»[٢].

أقول: قد ظهر ما فيه ممّا مرّ، فافهم.

قوله: «والظّاهر أنّه لا يترتّب علىٰ شيء منهما الحكم بالجواز»[٣].

أقول: امّا أصالة عدم وقوع البيع حال السّمن، فلا يثبت بها وقوع العقد بعد الهزال، حتّىٰ يثبت بها موضوع الخيار، كما لا يخفىٰ.

وامّا أصالة بقاء السّمن حال البيع، فالظّاهر أنّه لا مانع من اجرائها، ضرورة صحّة احراز أوصاف العين المرئيّة بالاستصحاب، وإيقاع العقد عليها بتلك الأوصاف، ومعلوم انّ هذا العقد الواقع على المستصحب محكومٌ باللّزوم ووجوب الوفاء ما لم يعلم تخلّفها عن تلك الأوصاف، فلا يرفع اليد عن اللّزوم بمجرّد الشكّ في التّغيير، واحتمل كونه بعد البيع، لأنّه لا يمنع عن اجراء استصحاب بقاء الوصف حال البيع. ومن آثار بقاء الوصف حال البيع شرعاً، لزوم البيع الواقع في تلك الحال، ولا يتوقّف موضوع اللّزوم على إثبات أمرٍ آخر وراء إحراز بقاء العين المرئيّة على تلك الأوصاف حال البيع، فلا يكون هذا من الأُصول المثبتة، ولا يعارض هذا الأصل أصالة عدم وقوع البيع حال السّمن، لما عرفت من أنّه لا أثر له شرعاً، فيبقى هذا الأصل سليماً عن المعارض.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٨ وفيه (... هو المطابق للأصل).

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٩.

٣ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢٠.

قولهﷺ: «**فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه كما في المسألة السّابقة**»[١].

أقول: إنّ جواز اجراء هذا الأصل في هذه الموارد لإثبات الخيار لايخلو عن تأمّل، لما عرفت من أنّ موضوع الخيار أنّما يتحقّق بعدم انطباق المدفوع لما وقع عليه العقد، وهذا المعنىٰ لا يثبتُ باصالة عدم وصول الحقّ.

واَمّا أثر هذا الأصل، انّما هو جواز المطالبة بحقّه، والزامه بالخروج عن عهدته، وهذا المعنىٰ في حدّ ذاته أعمٌّ من خصوص الخيار.

نعم،، **يمكن أن يقال**: إنّ مدرك الخيار في كثير من هذه، أنّما هو دليل نفي الضّرر، ولا شبهة في أنّ عدم وصول حقّ المشتري إليه ضررٌ عليه، فالزامه بهذه المعاملة المستلزم لعدم وصول حقّه إليه إلزامٌ بالمعاملة الضرريّة، منفيّةٌ بحكم الشّارع، فيثبتُ له الخيار، كما هو الشأن في إثبات خيار الغبن وغيره من الموارد.

ويرد عليه: أنّ الحكم انّما هو معلّقٌ علىٰ عنوان الضّرر، وهو لا يُحَرزُ بالأصل المذكور، لأنّ عدم وصول الحقّ من حيثُ هو ليس مصداقاً للضّرر، حتّىٰ يترتّب عليه احكامه، لأنّ الضّرر ليس أمراً عدميّاً محضاً مع هذا العنوان، بل له نحو وجودٍ واعتبارٍ في نظر العرف، إذ هو بمعنى الخسارة، وحصول المنفعة في المال مثلاً، وهذا نظير الاعسار أمر موجودٌ خارجي بنحو من الاعتبار، فلا يصحّ أن يكون العدم المحض مصداقاً لهذا المفهوم. نعم، هو ملازم للضّرر في الوجود الخارجي عقلاً، بعد ثبوت نفس الحقّ، بحيثُ لا يكون السّالبة بانتفاء الموضوع، كما لا يخفىٰ، وحينئذٍ نقول انّه لو أُحرز العدم بالاستصحاب لا يترتّب عليه أحكام ذلك اللّازم، كما هو الشأن في جميع اللّوازم العقليّة، لأنّها منوطةٌ بصدق الضّرر واقعاً، وهو مشكوك

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢١.

التحقّق في المقام، وليس لنفس الضّرر حالة سابقة حتّىٰ تستصحب، فلا يجوز أن تثبت أحكام الضّرر لهذا العدم الاستصحابي، وهذا ظاهرٌ لا سُترة فيه.

اللّهم إلّا أنْ يقال: إنّ الضّرر من حيثُ هو عنوانٌ من العناوين، ليس واسطةٌ في إثبات أحكام متعلّقاتها، فيكون موضوعاً بنفسها لتلك الأحكام، بل هو واسطة في الثّبوت، بمعنى أنّ موضوعات الأحكام نفس المتعلّقات من حيثُ هي، وامّا عنوان الضّرر فهو أمرٌ عامّ معرّف لتلك الأحكام، ولذا عُلّق الحكم عليه في ظواهر الأدلّة، وإلّا فهو في الحقيقة آلة لملاحظة تلك الأدلّة، وعلىٰ هذا فالخارج عن عموم وجوب الوفاء بالعقود، العقود المشتملة على الضّرر بعناوينها الخاصّة، لأنّها ضررٌ فيترتّب عليه أحكام الضّرر، إذ المفروض أنّه لا حكم للضّرر من حيثُ هو، بل الحكم مترتّب علىٰ متعلّقاتها لأنّها ضرريّة، فالضّرر محلّ لثبوت حكم متعلّقاتها، لا واسطة في إثباتها حتّىٰ يكون نفس الضّرر موضوعاً للأحكام، فمتىٰ أُحرز المتعلّقات الّتي هي موضوعات الأحكام بالاستصحاب، تترتّب الأحكام عليها من دون حاجة إلى احراز الضّرر، حتّىٰ يكون الأصل بالنّسبة إليه مُثبتاً، ولا ينافي إثبات الأحكام في مرحلة الظّاهر الشكّ في تحقّق المناط، إذ المدار في جريان الاستصحاب إحراز الموضوع دون المناط. كيف ولو أُحرز المناط مثل الموضوع لا يعقل الشكّ بعد، إذ بعد القطع بتحقّق المناط، نقطع بثبوت الحكم ولو لم يكن له حالة سابقة. ومن المعلوم أنّ مناط الأحكام في جميع موارد الاستصحاب مشكوك التّحقق، وعلمنا بأنّ مناط الحكم هو الضّرر، غيرُ مانعٍ عن جريان الاستصحاب حال الشكّ في تحقّقه بعد احراز الموضوع الّذي أُنيط به الحكم في الأدلّة الشرعيّة، كما لا يخفىٰ.

وممّا يُقرّبُ هذا المعنى لحديث نفي الضّرر، ملاحظة كونه حاكماً على الأدلّة، وناظراً إليها، إلّا أنّه مع ذلك أيضاً خلاف الظّاهر.

قوله: «ولو وُجد المبيع تالفاً...»[١].

أقول: في العبارة مسامحة كما لا يخفىٰ.

قوله: «فيما يكفي في قبضه التّخلية»[٢].

أقول: تقييده بخصوص هذه الموارد، لعلّه لكونه أظهر الموارد الّتي يتحقّق فيها النّزاع وأغلبها، وإلّا فيمكن فرض النّزاع في غير هذه الصّورة فيما لو كان المبيع قبل البيع تحت يد المشتري وفي قبضة سلطنته، ثم أوقع البيع عليها، فاختلفا في أنّ المبيع الّذي كان في يد المشتري، هل تلف قبل إيقاع البيع أو بعده.

قوله: «وقد يتوهّم جريان أصالة صحّة البيع هنا...»[٣].

أقول: محصّل ما أفاده المصنّف ﷺ أنّه يعتبر في جريان أصالة الصحّة قابليّة المحلّ للاتصاف بكلا الوصفين في حدّ ذاته، وهذا يتوقّف على احراز القدر المشترك الّذي هو الموضوع للألفاظ عند الأعمّي، فلو شكّ بعد احراز المانع في اتّصافه بالصحّة والفساد، فيحكم بالصحّة بمقتضىٰ الأصل، وهذا بخلاف ما لو لم يُحرز الجامع بين الأمرين، كما لو تردّد الكلام المسموع من متكلّمٍ بين كونه سلاماً صحيحاً أو سبّاً، لا يُحكم بمقتضى أصل الصحّة بكونه سلاماً صحيحاً حتّىٰ يجب ردّ جوابه، حيثُ أنّ الجامع بين الصّحيح والفاسد من السّلام غيرُ معلوم التّحقّق، ضرورة أنّ السبّ لا يتّصف بكونه سلاماً فاسداً حتّىٰ يقتضي تنزيه فعله عن الفساد، إثبات كونه سلاماً صحيحاً، وهكذا فيما نحن فيه فانّ اتّصاف البيع بكونه صحيحاً أو فاسداً فرعُ ثبوت أصل الموضوع وتحقّقه في الخارج علىٰ نحو يمكن أن يترتّب عليه الأثر،

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢٥.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢٥.

٣ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٠ سطر ٢٦.

فاجراء أصالة الصحّة أنّما هو بعد إحراز تحقّق الإنشاء العرفي القابل لأن يكون ممضىً في نظر الشّارع، وذلك يتوقّف علىٰ كون المحلّ قابلاً للنّقل والانتقال، فلو لم يعلم كون المحلّ قابلاً، لا يعلم تحقّق أصل الإنشاء، كما لا يخفىٰ.

هذا ولكن يمكن أن يقال إنّ مجرىٰ أصل الصحّة أعمُّ ممّا ذكره ﷺ بحيثُ يشمل ما لو شكّ في كون الفعل الصّادر مجرّد الصّورة، بحيثُ يصحّ سلب الاسم عنه حقيقة، ولو قلنا بوضعه للأعمّ يكون لغواً، أو كونه ممّا يترتّب عليه الأثر؟

بيان ذلك: أنّ مجرى أصل الصحّة ليس مختصّاً بأفعال المسلمين، كما أشرنا إليه فيما سبق في طيّ بعض المسائل، فكما لن يجري في فعل المسلم، كذلك يجري في فعل غيره أيضاً، كيف وإلّا للزم تقديم قول المسلم المدّعي لفساد العقد، على الذّمي المدّعي لصحّته في صورة التّنازع، وغير ذلك من الموارد، مع أنّ المعلوم من طريقة العلماء خلافه.

وكيف كان، فلا إشكال في أنّ المناط في الحمل على الصّحيح، ليس كونه مسلماً حتّىٰ لا يقتضي ذلك إلّا حمله علىٰ وجه مشروع، بأن يقال إنّ تنزيه فعل المسلم عن الفساد مِنْ حيثُ أنّه مسلمٌ لا يقتضي أزيد من ذلك، ولعلّ المناط هو تنزيه فعل العاقل الشّاعر ممّا لا فائدة فيه، حيثُ أنّ مقتضىٰ عقله وشعوره أن لا يأتي بالفعل إلّا لغرضٍ صحيح، وهو في كلّ فعل بحسب النّوع غالباً هو الغرض المنظور من ذلك الفعل، وكونه لغرضٍ آخر صحيح خلاف ظاهر الحال، وهو كونه علىٰ وفق الغالب، فكما يُحمل اللّفظ الصّادر منه علىٰ مدلوله الأوّلي بمقتضىٰ ظاهر الحال، حيثُ أنّ الظّاهر من حاله في مقام بيان المقاصد، وأنّ اللّفظ أيضاً منطبقٌ علىٰ مقصوده، واحتمال ارادة خلاف الظّاهر، لغرض من الأغراض، لا يُعتنىٰ به عند العقلاء، فكذا في أفعاله، حيثُ أنّ ظاهر إيجاد الفعل لترتّب الغرض عليه، فلو صدر منه فعلٌ كصورة البيع مثلاً، وشكّ في أنّه قَصَد الإنشاء الحقيقي حتّىٰ يكون بيعاً، أو لم يقصد إلّا التلفّظ بهذا اللّفظ لغرض من الأغراض، يُحملُ على البيع الصّحيح، إذ الغرض

المنظور من هذا اللّفظ غالباً هو النّقل والإنتقال، لا مجرّد إيجاد الصّورة، فيكونُ لغواً عرفاً، إذ العرفيّات المترتّب عليها أحياناً عندهم بمنزلة المعدوم، فلا يحمل الفعل عليه، وما ذكرنا ليس بملاحظة ظهور لفظه في هذا المعنىٰ، بل بملاحظة نفس الفعل من حيثُ هو فعلٌ.

والحاصل: أنّ مجرى أصل الصحّة، ليس منحصراً بما إذا تحقّق الفعل الخاص بعنوانه الخاص حقيقةً، وشكّ في صحّته، بمعنى كونه ممضىً في نظر الشّارع، بحيثُ يترتّب عليه الأثر أو غير ممضىً، بل أعمٌّ من ذلك، بحيثُ يشمل كلّ فعلٍ صدر من عاقل شاعر يصحّ أن يترتّب عليه الأثر، فلو صدر منه ما بظاهره البيع، واحتمل في حقّه إرادة الصّورة، يُحمل على البيع الصّحيح، وكذا لو صدر منه صورة الصّلاة أو التّطهير أو غير ذلك، ومقتضىٰ ما ذكرنا أنّه لو شكّ فيما غَسَل، ثوباً نجساً بعنوان التطهير بعد مضيّ زمانٍ، أنّه هل بلغ الماء إلى الموضع النّجس أم لا، لا يعتنىٰ بذلك الشكّ، بل يحكم بالطّهارة لأصالة الصحّة، وهذا بخلاف ما ذكره المصنّف، فانّ مقتضاه احراز عنوان الغَسل العرفي بالنّسبة إلىٰ هذا الموضع، والمفروض أنّه مشكوك، فلا يحكم بالصحّة.

ولا تتوهّم: أنّ مقتضىٰ ما ذكرنا أنّه لو تردّد كلامُ المتكلّم بين السّلام والسّب، يُحمل على السّلام.

فيجب ردّه: ضرورة عدم انحصار الكلام الصّحيح، أعني المؤثّر في خصوص السّلام، فلو كان لجنس الكلام الصحيح أثرٌ شرعي يترتّب عليه.

وامّا خصوص السّلام فلا يثبت به، إلّا بناء على اعتبار الأصل المثبت، ولا بُعد فيه ان لم نقل باعتبارها من باب التعبّد.

وكيف كان، فما ذكره من تعميم المجرى بحيثُ يشمل ما لو تردّد بين الّلغو والمؤثّر أمرٌ ممكن، قابلٌ لأن يجعله الشّارع مورداً لأصل الصحّة، وليس القابل منحصراً بما ذكره المصنّف‌ﷺ. وعلىٰ هذا فالمتّبع هو دليل القاعدة، فان عمّ فهو، وإلّا

فليقتصر على مقدار دلالة الدّليل، والعمدة في الدّليل في هذا الباب هو الإجماع والسّيرة، وأنّه «**لولا ذلك لم يبق للْمُسلمين سُوق**»[1] أعني اختلال النّظام.

واَمّا الأخبار فقد ضعّف دلالتها في محلّها.

واَمّا اختلاف النّظام فلا يثمر في إثبات التّعميم في شيء، فلابدّ أن تلاحظ كلمات العلماءﷺ، ومعاقد إجماعاتهم، ولا يبعد من كلماتهم أن يكون اجراء أصل الصحّة في صورة تردّد الفعل بين اللّغو والمؤثّر عندهم من المسلّمات، ولكنّه في البناء عليه لابدّ من التتبّع والتأمّل في كلماتهم، فتأمّل.

***

١ ـ وسائل الشيعة: ج٢٧ باب ٢٥ ص٣٩٢ وفيه (لم يقم للمسلمين...).

[في بيع المجهول]

قوله: «ففي مرسلة البزنطي...»[1].

أقول: الجهالة المتصوّرة في بيع سمك الآجام الّتي يمكن أن تكون مانعة عن صحّة البيع، امّا الجهل بالوجود أو الحصول أو المقدار والأوصاف، وظاهر هذه الرّواية عدم كونها مسوقة لتصحيح البيع من جهة الجهل بالوجود، إذ الظّاهر منها أنّ وجود السّمكة في الأجمة عند السّائل معلومٌ ومسلّم، كما يفصح عن ذلك قول الإمام عليه السلام «**اخرج شيئاً من سمكه**» وقوله في رواية أُخرىٰ «**تصيد كفّاً من سمك**»[2] مع انّ احتمال انتفاء السّمك رأساً في الأجام المعدّة لاصطياد السّمك، المعرضة لبيع سمكها في غاية البعد. بل لا يبعد دعوىٰ كونه من الممتنعات العاديّة، فلا يصحّ صرف الرّوايات إليها وتنزيلها على إرادة تصحيح البيع من هذه الجهة، فضمّ معلوم الوجود إلىٰ مشكوك الوجود، وإن كان في حدّ ذاته قابلاً لأن يكون مصحّحاً

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٤ سطر ١١.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ١٢ ص٣٥٦.

لبيع المجهول، كما في العبد الأبق الّذي لم يُعلم وجوده، علىٰ أن يكون للثّمن بازاء ما فقد، علىٰ تقدير تبيّن فقده حال البيع، إلّا أنّه غير ممكن الإرادة في مورد الرّوايات، كما أنّ إرادة رفع المانع من جهة الجهل بالأوصاف الشخصيّة أيضاً بعيدٌ، بل معلوم العدم، مع أنّ الظّاهر عدم اعتبار معرفة أوصاف الأشخاص في هذا النّحو من المعاملات كبيع الثّمار وغيرها.

وعلىٰ هذا فالمتعيّن تنزيل الرّوايات علىٰ كونها مسوقة لبيان كيفيّة إزالة المانع من جهة الجهل بالحصول أو المقدار، إذ قلّما يتّفق الوثوق بحصول تمام ما في الأجمة، بل يمكن دعوى القطع بخلافه، لا أنّ معرفة مقداره أيضاً بحيثُ يحصل الاطمئنان متعذّر، لو لم نقل بكفاية المشاهدة، فيمكن المعرفة في بعض الأجام الصّغار الّتي لا مانع عن المشاهدة من القصب وكدرة الماء وعمقه وغير ذلك ممّا يمنع عن المشاهدة.

ومن المعلوم أنّ هذا الفرض لا يتحقّق إلّا في ضمن بعض الأجزاء النّادرة، فلا يمنع ذلك عن كون تخيّر السّائل ناشئاً عن الجهل بالمقدار، كما أنّ تنزيل الرّواية على إرادة التّصحيح من هذه الجهة من حيثُ هي غيرُ بعيدٍ، إلّا أنّه يبعّده أنّ الظّاهر من الرّوايات كفاية مطلق الضّميمة، ولو لم تكن معلومة المقدار، بقرينة قوله عليه السلام **«تصيد كفّاً من سمك»** إذ لو كان التّعيين شرطاً في القيمة لما جاز الاهمال، لكونه في مقام البيان من هذه الجهة، نعم، لو ادّعي كفاية المشاهدة في مطلق السّمك ولو بعد الاصطياد، وعدم كونها موزوناً، لأمكن توجيه الرّواية علىٰ هذا الوجه، وإلّا فيشكل الأمر، إذ لا تأثير في ضمّ المجهول إلى المجهول في تصحيح بيع المجهول، كما لا يخفىٰ.

نعم، لو اعتبر التّقدير في الضّميمة أمكن أن يكون ذلك حيلة شرعيّة لتصحيح البيع، بأن يكون الملحوظ في البيع بحسب الصّورة هو هذا الجزء المعيّن الجامع لشرائط البيع، ويجعل المجهول تابعاً له بحسب الصّورة، وإن كان المقصود بالبيع حقيقة هو هذا الجزء المجهول، إلّا أنّ توجّه البيع بحسب الصّورة إلى الشّيء المعيّن

يمكن أن يكون مُغنياً عن اعتبار الوصف في غير هذا الشّيء من أجزاء المبيع، وهذا بخلاف ما لو لم يعلم هذا الجزء أيضاً، كما هو الظّاهر من الرّوايات، فانّه لا نتعقّل التأثير حينئذٍ، وعلىٰ هذا فلا يستقيم حملها على إرادة ذلك بخصوصه، كما أنّ تنزيله علىٰ خصوص الجهل بالحصول أيضاً مستبعد:

امّا أوّلاً: فلما ذكرنا من عدم إنفكاك الجهالتين غالباً في المصاديق، فيبعد الاقتصار في رفع المانع علىٰ جهة خاصّة، مع ملازمته لجهةٍ غالباً مانعة عن البيع، مع كون المقام مقام الحاجة. وعلىٰ هذا فلابدّ أن يلتزم بأنّ الرّواية دالّة علىٰ صحّة بيع سمك الأجام إذا انضمّ إليها كفٌّ من شيء معيّن من السّمك غير مردّد بين كثيرين، فلا يضرّه جهالة البيع من حيثُ الحصول والمقدار، كما هو الشّأن في أغلب الأجام، بل جميعها. والظّاهر أنّ ذكر الكفّ في بعض الرّوايات من قبيل التّمثيل، لا أنّ للأخذ بالكف مدخليّة للحكم، بحيثُ لو وضع جزءٌ معيّن في الأرض لم تكن المعاملة صحيحة، كما لايخفىٰ.

وعلىٰ هذا فهي كناية عن تعيين البعض، بأن يكون البيع واقعاً عليه بحسب الصّورة، بمعنى أنّه لو لم يحصل الباقي كان الّثمن بازاء هذا الشّيء المعيّن المتيقّن الحصول، لا لمجرّد تحصيل شيء من المبيع، حتّىٰ لا يتيقّن الّثمن بلا بدلٍ، على تقدير عدم الحصول رأساً، لأنّ فرض عدم القدرة علىٰ تحصيل شيء من سمك الاجام غيرُ محقّق في الآجام، بل ظاهر قولهعليه السلام **«تصيدُ كفّاً مِنْ سمك»** أنّ الاصطياد منها في غاية السّهولة، فلا يصحّ حمل الرّواية على إرادة أن لا يبقى المشتري صفر الكفّ مطلقاً، حتّىٰ يكون المناط مطلق العلم بحصول شيء منها، في مقابل الّثمن، فان حصل ما عداه فهو، وإلّا فالّثمن بازاء الحاصل.

والسرّ في ذلك ما أشرنا من أنّ الظّاهر منها كونها حيلة شرعيّة لتصحيح البيع، بتوجّه البيع علىٰ هذا الشّيء المعيّن، ويستتبعه الجزء المجهول حصوله، بحيثُ إنْ حصل المجموع فهو، وإلّا فالمتّبع هو هذا المتبوع، فلابدّ حينئذٍ من اعتبار التّعيين في

هذا الجزء، لكونه شرطاً في البيع، إذ لا يكفي في المبيع أن يكون أمراً مردّداً بين الافراد، كما عرفت سابقاً من انّ التّعيين شرط في صحّة البيع.

نعم، يتوجّه الإشكال السّابق أعني ظهور الرّواية في كفاية تعيين شيء من السّمك من دون اعتبار التّقدير بالوزن، مع أنّ الظّاهر أنّ السّمك بعد اصطيادها من الموزونات، فلابدّ في تصحيح البيع من التّقدير بالنّسبة إلى الجزء المعيّن، وإلّا فلا يؤثّر مطلق التّعيين في رفع المانع من هذه الجهة، كما لايخفىٰ.

اللّهم إلّا أن يمنع كونه من الموزونات مطلقاً، أو حال كونه حيّاً، ويدّعىٰ أنّ الرّواية ليست في مقام بيان شرائط الضّميمة، وأنّما هي مسوقة لبيان كيفيّة إزالة المانع عن بيع السّمك الّتي في الأجام، فيكون حاصلها أنّه مع الضّميمة ولا يصحّ بدونها.

وكيف كان، فلابدّ من تقييد الرّواية من هذه الجهة، إن قلنا بكون السّمك من الموزونات كما هو الظّاهر، ويمكن أن يقال بعدم اعتبار تعيين المقدار في سمك الاجام كما أشرنا إليه، من أنّه يكفي فيه المشاهدة كبيع الثّمار. وعلىٰ هذا فليس المقدار مانعاً، فينحصرُ المانع في الجهل بالحصول، ويُصحّحه الضّميمة بالتّقريب المتقدّم.

ودعوى لزوم اجتماع شرائط البيع في الضّميمة بنفسها، قابلةٌ للمنع، لإمكان أن يقال إنّ الكفّ من السّمك وإن كان بنفسها موزوناً، إلّا أنّه ليس بنفسه مبيعاً حقيقة، بل المبيع هو المجموع من حيثُ المجموع.

والحاصل: أنّا نمنع اعتبار التّقدير في مثل سمك الآجام، حتّىٰ يحتاج تصحيح البيع من جهتها إلىٰ حيلة، بل يكفي فيه التّخمين، وأنّما المحتاج إليه في الصحّة تعيين ما يَقْدرُ على تسليمه، إذ بدونها يتردّد المقدور بين كثيرين، وهذا مانعُ عن الصحّة فيحتاجُ لأجلها إلى الضّميمة، فافهم وتأمّل فانّه لا يخلو عن دقّة.

قولهﷺ: «**والأوفق بالقواعد...**»[١].

أقول: ما ذكره هنا وفاقاً لما سيذكره في مبحث الخيارات، صريحٌ في أنّ جهالة الشّرط تستلزم جهالة المبيع، وكأنه استثنىٰ في هذا المقام من هذه الكلّية، ما إذا كان الشّرط تابعاً عرفيّاً، فقد صرّح بأنّ جهالته لاتوجب صيرورة البيع غرريّاً في العرف، وظاهره عدم سراية الجهالة إلى البيع حينئذٍ، فيكون المبيع بتمام أجزائه معلوماً علىٰ هذا التّقدير، فيخرجُ علىٰ هذا عن معقد إجماعهم، هذا بخلاف ما لو جعل جزءٌ من المبيع، فانّ الجهل به يوجب فساد البيع، لا لصيرورة البيع غرريّاً، لأنّه منافٍ لما أسّسه من عدم الفرق بين الشّرط والجزء، بل للإجماع المُدّعىٰ في المقام.

وفيه: أنّا لانتعقّل الفرق بين التّابع العرفي وغيره في لزوم الغرر، فانّا لو قلنا بسراية الجهالة من الشّرط إلى المشروط، فأيّ فرقٍ بين اشتراط دخول الحَمل في بيع اُمّه وبيع ما يماثل اُمّه، لأنّ قيمة الحمل في نظر العرف تختلف كثيراً ما علىٰ فرض كونه من البغل أو البرذون أو غيرهما من أنواع الفرس، فيستلزم الجهل بها الجهل بقيمة اُمّه المشترط كون الحمل معها، كما لو ضمّ إلىٰ غير اُمّها فتصير المعاملة غرريّة من جهتها، سواء قلنا مناط الغرر هو الجهل بالأوصاف الّتي تختلف بها القيمة، أو قلنا بأنّ المدار مطلق الجهل بالأوصاف الّتي تتعلّق بها الأغراض.

وكيف كان، فلا ريب في عدم الفرق بين المقامين، إذ كونه تابعاً لذات المبيع من حيثُ هي في نظر العرف لا يوجبُ عدم ثبوته الجهل منه إلى المبيع من حيثُ كونه سبباً.

ثمّ لا يخفىٰ عليك أنّ الذي ذكروه في هذا الباب ممّا لا يكاد يلتئم بعضها مع بعض، إذ ربّما يوجد من شخص واحد كلمات مختلفةٌ فضلاً عن أشخاص متعدّدة،

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٥ سطر ٣٢.

فالتأمّل في كلماتهم ممّا لا يُغني من جوع، فالأنسب صرف الكلام إلىٰ ما تـقتضيه القواعد **فنقول**: إنّ مقتضى الأصل، وحديث نفي الغرر، والإجماع المدّعىٰ في المقام، بطلان البيع مع جهالة المبيع من حيثُ هو مبيعٌ، سواء تعلّق الجهالة بنفس المبيع، أو نشأ الجهل به من الجهل بما يتّبعه من الأجزاء والشّرائط، إذا صارت الجهالة المتعلّقة بالتّابع سبباً لصيرورة المبيع بعنوان كونه مبيعاً مجهولاً.

وامّا لو لم يكن كذلك فلا، لعموم أدلّة البيع، مضافاً إلى السّيرة بل الضّرورة، إذ لم، يكن كذلك لاختلّ أمر البيع بأسره، إذ قلّما ينفكُّ بيعٍ عن جهالة مّا كما في بيع الغنم مثلاً، فانّ جميع أجزائه شحمه ولحمه وكبده وجلده وصوفه بأسرها مجـهولة، وكذا الدّار مثلاً، فانّ أخشاب سقوفها وغيرها من المصالح المعمولة فيها ونحو الجصّ والآجر، بل استحكام بنائها وغير ذلك كلّها مجهولة، ومع ذلك هذه الجـهالات لا تضرّ بالبيع قطعاً.

ودعوىٰ: أنّ الضّرورة اقتضت اغتفار هذا النحو من الجهالات الرّاجعة إلىٰ تسليم صدق الغرر، واغتفاره لأجل الضّرورة، وعدم انصراف أدلّة نفي الغرر إلى مثل هذه المقامات، غير مسموعة لصحّة نفي الغرر عن مثل هذه البـيوع حـقيقةً، وعدم كون المبيع من حيثُ هو مبيعٌ مجهولاً في نظر العرف. والسرّ في ذلك أنّ طريقة معرفة الأشياء عندهم مختلفة، فمعرفة الغَنَم عندهم تحصل بمشاهدته، والعلم بكونه سميناً أو مهزولاً، وغير ذلك من الأوصاف المعتبرة عندهم، دون معرفة وزن الشّحم واللّحم وغير ذلك من الأجزاء، لا لأجل عدم كونها موزونة حينئذٍ، إذ لو أُريد بيع كلّ واحدة منها بخصوصها حينئذٍ لم يصحّ بلا إشكال، وطريقة معرفة الدّار بمعرفة قبابها ومقدار ساحتها، دون خصوصيّات الأخشاب والسّقوف وسائر الأجـزاء، فجهالة تلك الأجزاء غير موجبة لجهالة الدّار من حيثُ هي، وكذا الغنم.

وامّا ما ذكروه من أنّه يجب معرفة أجزاء المبيع بتمامها، فالمراد بها غير مثل هذه الأجزاء ممّا له مدخليّة في معرفة المبيع، بحيثُ لو لم تعرف بخصوصيّاتها لصار المبيع

مجهولاً، كمشاهدة قباب الدّار مفصّلاً ومقدار مساحة أرضها، إذ مع الجهل بها لا تتحقّق معرفة الدّار بما هي، لما ذكرنا من أنّ معرفة هذه الأشياء طريق معرفة الدّار من حيثُ هي دار.

وإنْ شئت قلت: يجبُ معرفة أجزاء المبيع من حيثُ هو مبيعٌ، وامّا معرفة أجزاء ذات المبيع لا بوصف كونه مبيعاً فلا، فافهم وتأمّل.

وكذا الحال في جميع المركّبات الخارجيّة، كالمعاجين مثلاً، فانّ صحّة بيع حبّ الأرياح مثلاً يتوقّف علىٰ معرفة أنّ هذا الحبّ الموجود الخارجي الّذي يريد بيعه حَبٌّ تام الأجزاء والشرائط، وامّا العلم بمقدار أجزائها بخصوصيّتها فلا، إذ لا يوجب الجهل بالأجزاء جهالة أصل المركّبات، كما لا يخفىٰ.

إذا عرفت ذلك علمت أنّه لو أُريد بيع هذه الأجزاء لا بعناوينها، بل باعتبار كونها في ضمن الكلّ، لا يجبُ معرفتها بشخصها، فيجوزُ بيعها مع كونها مجهولاً في ضمن الكلّ تبعاً لبيع الكلّ، والكلُّ أعني المركّب بما هو معلومٌ بعنوانه الخاصّ الذي تعلّق به البيع، وهذا بخلاف ما لو قصد بيع هذه الأجزاء بعناوينها المختلفة، كما لو أُريد بيع شحم الغنم ولحمه وجلده وصوفه وساير أجزائه مِنْ حيثُ هي لا من حيثُ كونها جزءً للمركّب، وأنّ المبيع هو المجموع فلا يصحُّ، لوجوب معرفة المبيع وهو غير حاصل في الفرض، هذا حال الأجزاء.

وامّا حال التّوابع التي تندرج في المبيع بالاشتراط، فإن كان حاله بعد الشّرط كحال أجزاء المبيع ممّا لا يعتبر العلم بها مفصّلاً في معرفة المبيع، فلا إشكال في صحّته حينئذٍ مع الشّرط، كما في كثير من التّوابع العرفيّة، فانّ معرفة الحيوان الحامل لا تتوقّف علىٰ معرفة خصوصيّات حملها، بل يكفي في ذلك مشاهدتها والعلم بكونها حاملاً، إذ ليس حال الحمل مع الأمّ بعد الاشتراط إلّا كحال كبدها وساير أجزائها. نعم، له جهة استقلال بملاحظة أنّه سينفصل ويصير ملكاً شيئاً أجنبيّاً، ولهذا يعتبر في دخوله في المبيع اشتراطه. وامّا بعد الشرط فهو كاليد في أنّه لا تتوقّف معرفة المبيع

بعنوانه كونه مبيعاً على تشخيص خصوصيّات الحمل.

نعم، لو تبيّن فساد الحمل، أو زيادة القيمة مثلاً، يثبتُ لأجلها الخيار، وامّا فساد البيع فلا، فعلىٰ هذا لو قال «بعتك الحامل على أن يكون الحمل لك» صحّ البيع، وامّا لو قال «بعتك الأمّ وحملها» لا يصحّ، كما لو قيل في الغنم «بعتك هذه الشّاة وصوفها» لا يصحّ لأنّ الحمل والصّوف علىٰ هذا التقدير ممّا يوجب الجهل بهما جهالة المبيع من حيثُ كونه مبيعاً، فعلىٰ هذا يتّجه ما ذكره العلماء من الفرق بين المقامين، ولعلّ نظرهم في الفرق المذكور إلى ما ذكرناه، كما يشهد عليه تنظيرهم لتصوّر صحّة التّابع مع جهالته بأجزاء المبيع كما لا يخفىٰ.

وهذا الّذي ذكرنا في غير هذه الصّور، كما لو ضمّ الحمل بغير أُمّها فلا، لأنّه حينئذٍ كسائر الشّروط تتسرّىٰ جهالته إلى جهالة المبيع بعنوان كونه مبيعاً، إذ ليس للمبيع، أعني الشّيء المقيّد بهذا القيد المجهول عنوانٌ آخر معيّنٌ مبيّنٌ عند العرف، بحيثُ لا يتوقّف معرفتها علىٰ معرفة هذا الشّرط، ومقتضىٰ ما ذكرنا دوران الصحّة مدار إمكان تنزيل التّابع منزلة أجزاء ذات المبيع من حيثُ هو لا بوصف كونه مبيعاً، بمعنى أن يكون التّابع في حدّ ذاته في نظر العرف كجزء ذات المبيع مع قطع النّظر عن المبيع، ولكنّه لابدّ أن لا يكون بمنزلة الأجزاء الّتي تتوقّف معرفة الكلّ بعنوانه الخاص علىٰ معرفته.

هذا خلاصة ما أفاده سيّد مشايخنا دامت إفاضاته في هذا المقام.

ولكنّه قد يخطر بالبال أنّ الموارد الّتي يمكن أن يلتزم فيها بالصحّة أعمّ ممّا ذكره بأن يقال إنّه لو اشترط دخول شيء يسير في مبيعٍ كثير، بحيثُ لا تؤدي جهالته عند العرف إلىٰ جهالة المبيع من جهة المسامحة بمثل هذه الأشياء في مثل هذه المعاملات الظّاهريّة، لا إشكال في صحّته، سواء كان الشّرط المجهول من توابع المبيع، أو أجنبيّاً عنه، كما لو اشترط دخول لجام الفرس وجلّه في بيعه، أو لجام فرس آخر، بل وغير ذلك ممّا لا ربط له بالمبيع، ولكن يشترط حينئذٍ أن يكون التّابع ممّا لا يعتنىٰ بجهالته

في مثل هذه المعاملة، كما لو اشترط ضمّ شيء تردّد قيمته بين نصف درهم أو أقل من نصف درهم إلىٰ مبيعٍ معيّن تكون قيمته عشرة دراهم، لأن هذه المقدار من الجهالات ممّا يتسامح فيها عرفاً، ولا يعدّ الإقدام عليها إقداماً على المعاملة الغرريّة، هذا إذا أدخله في المبيع بعنوان الاشتراط.

وامّا لو ضمّه بطريق الجزئيّة، فلا تأمّل في فساده لأنّه لو قال «بعتك هذا وهذا» تكون المعاملة بالنّسبة إلى هذا الجزء غرريّة، ولا يثمر في صحّته عدم صدق الغرر بملاحظة المجموع، نظراً إلى عدم الاعتناء بمثله في مثل المعاملة، لأنّ هذا انّما ينفع لو أدخله بعنوان التبعيّة والاشتراط، وامّا بعنوان الجزئيّة فلا، لأنّ البيع متوجّهٌ على كلا الجزئين علىٰ حدٍّ سواء، فيكون بمنزلة بيعين مستقلّين في كون كلّ منهما متعلّقاً للبيع. ولعلّ هذا ممّا انعقد الإجماع علىٰ بطلانه، بمعنىٰ أنّه يجب معرفة أجزاء المبيع إذا كان كذلك، بمعنىٰ أن يكون الثّمن موزّعاً عليه في نظر العرف ويكون متعلّقاً للبيع في حدّ ذاته بعد ضمّه إلى الجزء الآخر.

ولعلّ هذا الّذي ذكرنا مراد كثير من العلماء، كما يظهر من اشتراط بعضهم في غير التّابع العرفي، بأن يقارب ثمن المجموع ثمن المعلوم، أو كان ممّا يقصد مثله بمثل الثّمن، كما في بعض العبائر المتقدّمة، فافهم.

***

[في الأندار]

قولهﷺ: **«ويمكن أن تحرّر المسألة بوجه آخر»**[1].

أقول: وحاصل الفرق بين الوجهين، بعد اشتراكهما في كون المبيع مجـهولاً في الواقع، وانّما قلنا بصحّته لقيام الإجماع عليها ودلالة الأخبار أنّ الوجه الأوّل ناظرٌ إلىٰ جواز الاندار، لتشخيص مقدار الّثمن، وتعيين الّثمن الّذي يستحقّه البائع، بـعد الفراغ عن أصل البيع الصّحيح المُمضىٰ لدى الشّارع مع كونه مجهولاً، فالحاجة إلى الاندار ليس لتصحيح البيع علىٰ هذا الفرض، بل انّما بعد البيع لتعيين الحق، فصورته في الخارج أن يقول «بعتك هذا المظروف الّذي مع ظرفه اثنى عشر رطلاً كلّ رطل بدرهم».

وامّا الوجه الثّاني: فالحاجة إليه أنّما هو لتصحيح البـيع صـورةً في مـرحـلة الظّاهر، فلابدّ أن يكون الاندار قبل ا لبيع فيقول البائع، في المثال المفروض، بـعد اندار رطلين للظّرف «بعتك المظروف الّذي عشرة أرطال بعشرة دراهم، علىٰ أن

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٦ سطر ١٣.

يكون كلّ رطل بدرهم» وأسقط رطلين منه للظرفه.

إذا عرفت ذلك، علمت أنّهما مَعنيان متغايران، فلابدّ في تصحيح البيع في كلّ من الصّورتين إلى إقامة الدّليل عليها بالخصوص، فعلىٰ هذا لو لم يتمّ الدّليل إلّا في أحدهما، لا يمكن القول بالصحّة في الأُخرىٰ، إذ لا ملازمة بين الصحّتين، إذ لو قلنا بالصحّة في الصّورة الثّانية، لأمكن الحكم بالفساد في الفرض الأوّل، لإمكان مدخليّة التّعيين للحكمي في المثمن، والواقعيّ في الّثمن، في صحّة البيع، وكذا لو قلنا بالصحّة في الفرض الأوّل، لمساعدة الدّليل عليها، لا يجوز الحكم بالصحّة في الفرض الثّاني.

والأولويّة المتوهّمة في المقام ممنوعة، بعد اشتمال الصّورة الثّانية للغرر في البيع حيثُ هو بيع، وهذا بخلاف الصّورة الأُولىٰ، فانّ فيها ليس غرراً في البيع أصلاً، لأنّ المفروض فيها أن يقول البائع «بعتك كلّ رطل بدرهم»، ومعلوم أنّ في تردّد المبيع بين كونه عشرة أرطال بعشرة دنانير، أو خمسة بخمسة دنانير، ليس فيه غررٌ أصلاً، وانّما الغرر فيما لو بيع بعشرة دنانير، سواء كان المظروف خمسة أو عشرة.

واحتمال[1]: اشتمال الصّورة الأُولىٰ على الغرر أيضاً، بناءً على أن يكون الغرر في البيع عبارة عن كونه في عُرضة تفويت المقاصد، إذ ربّما لا يقصد الإنسان الاشتراء خمسة أرطال.

مضعّفٌ: بأنّ هذا النّحو من الأغراض ممّا لا يعتنىٰ به في نظر العرف أبداً، حتّىٰ يعدّ الجهل بها في نظر العرف غَرراً، وهذا بخلاف أوزان المسعرات بالأثمان المعيّنة أن لم يعلم أنّ ما بحذاء الدّرهم الخاص عشرة أرطال أو خمسة، مضافاً إلى أنّه لو دلّ الدّليل على كون هذا النّحو من الغرر مغتفراً في المعاملات، لما جاز الحُكم باغتفار الغرر الحاصل في الصّورة الأُخرىٰ، لوضوح الفرق بين الغررين.

---

١ ـ جاء في صدر صفحة نسخة الأصل قول كاتبها: «صحّح علىٰ نسخة الشيخ حسين الحلي».

وبهذا ظهر لك أنّه لو قلنا بأنّ الغرر والجهالة في البيع متساويان، بمعنى أنّه لا ينفكّ أحدهما عن الآخر لما صَحّ الحكم بالأولويّة أيضاً، بدعوى أنّ الجهالة والغرر في الصّورة الأُولىٰ من جهتين، وفي الصّورة الثّانية من جهة واحدة لكون الثّمن فيها معلوماً، لما عرفت من الفرق بين الغررين، فيمكن أن يدلّ المخصّص ـ لعموم نفي الغرر ـ علىٰ خروج ما هو من القسم الأوّل دون الثّاني فافهم.

ثم أنّ المهمّ في المقام تعيين مقدار دلالة الأدلّة، في أنّها هل تدلّ على الصحّة في كلا الصّورتين، أو صورة معيّنة، أو غير معيّنة؟ وعلىٰ فرض الإهمال أو الإجمال، فالعمل علىٰ ما تقتضيه القواعد كما سنوضّحه إن شاء الله.

امّا الدّليل على المطلب: فنها الإجماعات المحكيّة المتقدّمة، وليعلم أوّلاً:

أنّ الظّاهر أنّ مطرح أنظار العلماء ﷺ، بل وكذا موارد أسئلة السّائلين وأجوبة الأئمّة ﷺ أنّما هو في الصّورة المتعارفة الشّائعة بين النّاس، فعلىٰ هذا لو علمنا بأنّ صورة خاصّة من الصّورتين هي الشّائعة بين النّاس، لأمكن تنزيل الأخبار والفتاوىٰ عليها. والظّاهر أنّ المتعارف بين التّجار هي الصّورة الأُولىٰ، بمعنىٰ أنّهم يبيعون السّلعة كلّ رطل بكذا بعد تعيين وزن المجموع، ثُمّ يُسقطون وزن الجوالق[1] بالمقدار المتعارف بينهم، وربّما لا يصرّحون بالأندار إلّا بعد انقضاء الأجل إن كان مؤجّلاً، فيندرون وقت استيفاء الحق، بل لعلّ في كلمات المجمعين أيضاً إشعارات بارادة هذه الصّورة، ولعلّ ظاهر الأكثر ذلك، كما صرّح به الشّيخ المصنّف ﷺ حيثُ أنّ ظاهرهم عدم اعتبار التّراضي في صورة احتمال الزّيادة أو النّقيصة، وانّما اعتبر الرّضا بعضهم في صورة العلم بالزّيادة أو النّقيصة، وبعضهم في خصوص الزّيادة، وعلّل بعضهم وجه الانحصار بأنّه حقّ للمشتري فله اسقاطه، ومن المعلوم أنّ نفي

---

١ ـ الجُوالِقُ والجُوالَقُ، بكسر اللام وفتحها، وعاءٌ من الأوعية، والجمع جَوالِق بفتح الجيم وجواليق.

اعتبار الرّضا لا يعقل على الفرض الثّاني، حيثُ أنّ التّراضي فيها مستلزمٌ لعدم انعقاد البيع عن تراض، نعم، مَنْ علّل نفي الجواز في بعض الصّور بحصول الغرر، فظاهره ينطبق على الفرض الثّاني.

وكيف كان، فلا متيقّن بحيثُ يكون انعقاد الإجماع فيه معلوماً، ضرورة إمكان تنزيل أكثر العبائر على كلّ من الصّورتين.

ولكنّ الإنصاف أنّ تعبيرات كثير منهم ظاهرة في إرادة الصّورة الأُولىٰ، حيثُ عبّروا بما حاصله تنّ البائع بعد تعيين المجموع، يبيع كلّ رطلٍ بدرهم، فيسقط للظرف كذا ويدفع الظّرف مع الّثمن إلى البائع.

ولكن لايخفىٰ على أنّه لا يحصل الوثوق بكون مراد الجميع هذه الصّورة، بحيثُ تطمئنّ النّفس بكونها مجمعاً عليها، خصوصاً بعد ملاحظة ما يظهر من المحكيّ عن «التذكرة» من كونه مخالفاً في هذه الصّورة، هذا حال الإجماع.

وأمّا الأخبار:

فمنها: موثّقة حنّان[1]، وهي بظاهرها تنطبق على التّحرير الأوّل، إذ الظّاهر من قول السّائل «**فيحسب لنا النّقصان**» أنّ الإندار عقيب البيع وقت المحاسبة حين اداء حقّ البائع، وكونه تفسيراً للمبيع خلاف ظاهر كلمة الفاء.

ومنها: رواية علي بن أبي حمزة[2]، وهي بظاهرها لا تأبىٰ عن تنزيلها علىٰ كلّ من الصّورتين، فهي من هذه الجهة مهملة لا دلالة فيها علىٰ شيء من التحريرين.

ومنها: رواية علي بن جعفر[3]، وهي وإن كانت ظاهرها بقرينة الفاء كون قوله «**ادفع الناسبة بعد الشّراء**»، إلّا أنّ ظهور ذيل الكلام في كونه سؤالاً عن أصل حال البيع، لا عن جواز الانذار، ممّا يقرّب انطباقه على التّحرير الثاني، فهي قرينة

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧، باب ٢٠ ص ٣٦٧.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧، باب ٢٠ ص ٣٦٦.

٣ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧، باب ٢٠ ص ٣٦٧.

علىٰ كون الفاء للتّفسير، وامّا لفظ الرّواية فالظّاهر أنّه مصحّفٌ وأنّ الصّحيح بأسنة بالباء الموحّدة والنّون بعد السّين وهو نوع خاصٌّ من الجوالق ينسج من الكتّان، علىٰ ما حكي عن «القاموس»، وامّا «النّاسبة» بالنّون والباء الموحّدة بعد السّين، علىٰ ما هو المرويّ فيما بأيدينا من الكتب، فلم يعرف له معنىً في كتب اللّغة.

ثمّ أنّا لو قلنا باهمال الأدلّة من هذه الجهة، وعدم ظهور الرّوايات في خصوص شيء من التّحريرين، فلابدّ في تعيين أحد القسمين أن يرجع إلى المرجّحات، للعلم بخروج بعض الأفراد عن عموم نفي الغرر والجهالة بمقتضى الأدلّة المتقدّمة، فانّه وإنْ أمكن المناقشة في الإجماع، بدعوىٰ عدم الاطمينان بموافقة مراد المجمعين بعد تسليم أصله في الجملة، إلاّ أنّ ظهور الأخبار في الجملة، ممّا لا يمكن إنكاره حينئذٍ.

فان قلنا بأنّ الغرر والجهالة متساوقان، وأنّ دليل نفي الجهالة بعينه هو عموم نفي الغرر، أو قلنا بعموم نفي الجهالة في البيع كنفي الغرر، فلا يبعد ترجيح التّحرير الثّاني، إذ لا يستلزم هذا التّقدير إلاّ ورود تخصيص واحدٍ علىٰ عموم نفي الغرر من جهة المبيع، وهذا بخلاف التّحرير الأوّل، فانّه يستلزم ورود تخصيصين على عموم نفي الجهالة بملاحظة جهالة كلا العوضين. ومعلوم أنّ الالتزام بتخصيص واحد أرجح من التّخصيصين، هذا إنْ قلنا بأنّ دليل الأمرين عموم نفي الغرر، وأنّهما شيء واحد، فالظّاهر انّه ممّا لا إشكال فيه.

وإن قلنا: بأنّهما متغايران، وأنّ دليل كلّ منهما غيرُ دليل الآخر، فالظّاهر أيضاً كذلك لما تقرّر في محلّه من أنّه لو دار الأمر بين تخصيص عامّ واحد من جهة أو تخصيص عامّ آخر من جهتين، يُرجّح الأوّل فتأمّل.

وإن قلنا: بكونهما مختلفين متغايرين كلّ منهما عن الآخر، كما هو الظّاهر وانّه لا عموم يدلّ علىٰ نفي الجهالة. غاية الأمر أنّا علمنا بانعقاد الاجماع علىٰ بطلان البيع المجهول في غير ما نحن فيه، فليقتصر على القدر المعلوم.

ودعوىٰ: استفادة العموم من معاقد إجماعاتهم، بحيثُ يعلم من حالهم أنّهم

لا يجوّزون بيع المشتمل على الجهالة مطلقاً، ما لم ينهض علىٰ صحّته دليلٌ خاص، فيكون إجماعهم إجماعاً على القاعدة، كما مرّ نظيره في باب الضّمانات.

قابلة للمنع: لإحتمال أن يكون منظورهم بطلان البيع في الموارد الّتي تكون الجهالة فيها منشأً للغرر، كما يفصح عن ذلك بعض عبائرهم المصرّحة بعدم مانعيّتها ما لم توجب غرراً، فلا إشكال في أنّ الأوّل هو مقتضى الأصل، إذ لا يرد علىٰ هذا التّقدير تخصيصٌ أصلاً، لأنّ المفروض انتفاء دليل لفظي حتّىٰ يتخصّص، فالمتعيّن هو الحكم بصحّة البيع علىٰ هذا التّقدير، لعموم «**أحلّ الله البيع**».

نعم،، لو قلنا باستفادة العموم من الإجماع، وعدم مرجّح يصحّ أن يعتمد عليه في البين، لكان المتعيّن الحكم بالفساد في كلا المقامين، لكونه الأصل في المعاملات، والعلم بخروج فرد غير معيّن غير ضائر كما لا يخفىٰ.

ثمّ أنّا لو بنينا علىٰ جواز الاندار في خصوص الصّورة الأُولىٰ، فهل يجوز مطلقاً ولو مع العلم بالزّيادة أو النّقيصة، أو لا يجوز إلّا بما يحتمل الزّيادة والنّقيصة؟

وعلى كلا التّقديرين، هل يعتبر التّراضي من المتبايعين مطلقاً، أو لا يعتبر إلّا في غير ما يتعارف انداره، أو في معلوم الزّيادة أو النّقيصة، أو في خصوص معلوم الزّيادة؟

وجوه، وربّما استظهر من ظاهر العلماء عدم اعتبار التّراضي فيما يحتمل، واعتباره في معلوم الزّيادة، وهذا الاستظهار لا يخلو عن تأمّلٍ، لاحتمال أن يكون مرادهم من اشتراط التّراضي مع الزّيادة عدم كفاية دفع الثّمن إلى البائع في هذه الصّورة بعنوان كونه وفاءً لحقّه في صيرورة الثّمن بتمامه حلالاً له فالتّراضي بكون مجموع الثّمن وفاءً لحقّه لا يبيح له تمام الثّمن، إذ لا يصير الزّائد مِلْكاً له بمجرّد الرّضا بهذا العنوان، فصيرورة الزّائد مِلْكاً له يحتاج إلى رضاً مستقلٍّ يكون هو العلّة لانتقال الزّائد، فالزّائد بمنزلة الهبة المستأنفة، وهذا بخلاف ما يحتمل الزّيادة والنّقيصة فانّه يكفي فيه مجرّد الرّضا بعنوان كونه وفاءً لحقّه، ولا يحتاجُ إلىٰ رضا

زائد، لأنّ الزّيادة علىٰ حقّه غير معلومة حتّىٰ يتوقّف تملّكها على رضا جديد.

هذا، ولكنّه لو قلنا باستحالة صيرورة الزّائد وفاءً عن الناقص، لأشكل الحكم في صورة الاحتمال أيضاً، إذ علىٰ تقدير الزّيادة لا يصحّ أن يكون الزّائد وفاءً، فلا يجوز تصرّف البائع في الّثمن إلّا برضا المشتري علىٰ هذا التّقدير أيضاً، فلا يكفي في المحلّ مطلقاً رضائه بكونه وفاءً فقط، نعم، يجوز للمشتري منع المالك عن الزّائد على القدر المتيقّن عملاً بالبراءة، إن قلنا بجريانها في أمثال المقام، ممّا يستلزم اجرائـها إبطال الحقوق كثيراً، كمن ألقىٰ طوماره في البحر وأجرىٰ البراءة بالنّسبة إلىٰ حقوق النّاس، خصوصاً مع التمكّن من تحصيل العلم، كما فيما نحن فيه.

وامّا لو منعنا عن ذلك، فالّلازم على المشتري الاحتياط بدفع ما يقطع بفراغ ذمّته، أو تعيين الظّروف بالوزن، ولكن ليس للبايع التصرّف فيه ما لم يعلم استحقاقه تمام الّثمن، لو لم يرض المشتري بالزّائد علىٰ تقدير الزّيادة، نعم، لو جوّزنا صيرورة الزّائد وفاءً عن النّاقص بمقتضىٰ جعل الدّافع لما احتاج تصرّف البائع إلى استرضاء جديد، بل يكفي في جواز التصرّف احراز كون الدّفع بعنوان الوفاء، وعلىٰ هذا فلا يحتاج في صورة العلم بالزّيادة أيضاً إلى رضا مستقلّ، لو أحرز كون الدّفع بعنوان الوفاء.

ولكن يمكن الفرق بين المقامين، بعد منع تعقّل صيرورة الزّائد وفاءً عن النّاقص، مع الاتّحاد في الجنس، بدعوى أنّ الاحتمال في أمثال المقام طريقٌ عقلائي لتعيين المظروف، وقد أمضاه الشّارع، أو انّه طريقٌ تعبّديٌ من قبل الشّارع لتعيين المظروف والظّرف مع كونه علىٰ نحو الموضوعيّة.

وإن شئت قلت: إنّ الخُرص والتّخمين بعد تعيين المجموع بالكيل، والعلم بمعرفة المجموع طريقٌ عقلائي لمعرفة وزن كلّ واحد، وقد أمضاه الشّارع، ولمّا لم يكن التّخمين موجباً للقطع فلا ينفك ذلك عن احتمال الزّيادة والنّقصان. نعم، كثيراً ما يفيد الظنّ بالمساواة عرفاً، بمعنى أنّ الحدس قد يوجب الظنّ، بل العلم بعدم

الاختلاف بمقدار يُعتنىٰ به، فيكون كتفاوت المكاييل والموازين، ولعلّ هذا هو الحكمة في طريقة العقلاء وأمضاء الشّارع، فيحلُّ على البائع أخذ ما يدفعه إليه المشتري، مع احتمال كونه زائداً عن حقّه، لعدم الاعتناء بهذا الفرض، بعد فرض كون التّخمين طريقاً شرعيّاً. نعم، لو انكشف الخلاف، بمعنىٰ أنّه تبيّن بعد ذلك كون الّثمن زائداً عن حقّه، لوجب عليه ردّ الزّائد، كما أنّه يجوز في صورة تبيّن النّقصان استيفائه علىٰ ما هو مقتضى الطريقيّة.

وامّا لو قلنا بكونه علىٰ نحو الموضوعيّة، كما لا يبعد كونه كذلك، بمقتضى الاخبار فلا يجب عليه ردّ الزّائد، كما لا يجوز استيفاء النّاقص.

وكيف كان، فقد ظهر أنّه ليس في هذه الصّورة، أعني صورة الاحتمال من قبيل الوفاء بالزّائد عمّا يستحقّه، إذ بعد فرض كونه طريقاً معتبراً يثبت به الحقّ في مرحلة الظّاهر، يرتفع احتمال الزّيادة، وهذا بخلاف صورة العلم بالزّيادة، إذ لا مجوّز حينئذٍ لأكل الزّائد إلّا إذا رضي المشتري بأن يكون الزّائد هوهوياً مثلاً، فهذا هو الّذي ذكرنا من أنّه يحتاج إلى رضا مستقل، ولا يكفي في حلّيته قصد وفاء حقّ البائع.

ثمّ أنّ الأقوىٰ في المسألة اعتبار التّراضي مطلقاً، ولا ينافيه إلّا اطلاقات بعض الأخبار علىٰ ما استظهره بعض.

وفيه: منع كون الإطلاق مسوقاً إلّا لبيان أصل جواز الإندار، كما انّ السؤال فيها منزّل علىٰ هذه الجهة، بعد كون رضا الطّرفين مفروغاً عنه، كما صرّح به المصنّف، وعلىٰ هذا فلا دليل علىٰ صحّة الاندار قهراً عليهما، أو على أحدهما بعد كون أصل الحكم مخالفاً للقاعدة.

وامّا جواز الاندار بالزّائد والنّاقص، ففرعُ منع دلالة الأخبار على النّهي عنه في حال التّراضي، وتجويز الوفاء بالزّائد والنّاقص.

امّا منع دلالة الأخبار ففيه تأمّل، كما سيتّضح من كلام المصنّف، وقد أشرنا إليه فيما سبق.

وامّا الوفاء بالزّائد والنّاقص، فالظّاهر أنّه لا مانع منه عقلاً، إذ كما أنّه يجوز دفع غير المماثل بعنوان الوفاء، مثل ما إذا استقرّ في ذمّته درهمٌ فأدّى الدّينار عمّا في ذمّته بعنوان الوفاء من غير المعاوضة أوّلاً ثمّ الدّفع عمّا في الذمّة، فكذلك يجوز دفع المماثل زائداً بعد فرض المجموع من حيثُ المجموع شيئاً واحداً، والغاء مقايسة كلّ جزء من العوض بكلّ جزء ممّا في ذمّته، وعلىٰ هذا يصحّ الاندار بالزّائد، بأن يندر رطلين لمكان الزّق مع كون وزن الزّق في الواقع رطلاً، ومرجعه إلىٰ دفع ثمن ثمانية أرطال وفاءً عمّا في ذمّته وهو ثمن تسعة أرطال، لو فرض كون المجموع عشرة، وكذا لو نقص المُندر عمّا هو وزنه الواقعي، فيكون عكس الفرض السّابق، هذا إذا جوّزنا الوفاء بالزّائد والنّاقص.

وامّا لو أحلنا ذلك، فلا إشكال في المنع في صورة العلم إلّا برضا مستأنف، على أن يكون الزّائد عمّا يُحتمل أو النّاقص منه هبةً أو ابراءً، وهذا خارجٌ عن فرض الاندار بالزّائد والنّاقص، ولا إشكال في صحّته.

هذا، ولكنّك قد عرفت أنّ الأقوىٰ صحّته، وما قد يتراءىٰ من تنظيره بالأوامر في سقوطها إذا تعلّقت بالطّبيعة، بعد إيجادها في ضمن أيّ فرد، ولا يعقل فيها الامتثال بالزّائد أو النّاقص، فقياسٌ مع الفارق.

توضيحه: أنّ المطلوب في الأوامر حال تعلّقها بالطّبيعة، ليس إلّا إيجاد الطّبيعة من حيثُ هي، وهو يحصل بإيجادها في ضمن أيّ فردٍ، وبعد إيجاد الفرد لا يبقىٰ طلب واقتضاءٌ بحكم العقل، إذ لو بقي الطّلب بعد إيجاد فردٍ مّا للزم أنْ لا يكون المطلوب مجرّد الطّبيعة، بل هي مع شيء آخر، وهو بعض الخصوصيّات. وهذا خلاف الفرض.

وحاصله: أنّ الطّلب يرتفع بنفسه بعد إيجاد مطلق الطّبيعة من دون حاجة إلىٰ شيء آخر، أعني قبول الأمر، وهذا بخلاف مقام وفاء الكلّي الثّابت في الذمّة، فانّ المطلوب فيه تعيين ما ثبت في الذمّة في ضمن الفرد الخارجي، فكأن للدّائن شيء

موجود على عهدة المديون، فعلى المديون تعيينه في ضمن أيّ فردٍ أراد، إلّا أنّ صيرورته مِلْكاً للدّائن يتوقّف علىٰ قبول الدّائن، إذ ليس للمديون الزامه بالالتزام بالخصوصيّات الّتي دفعها إليه إلّا في بعض المقامات، مثل ما لو كان مماثلاً لحقّه، وكان بقائه علىٰ عهدة الدّائن ضرراً عليه.

وكيف كان، يحتاجُ سقوط الحقّ زائداً علىٰ تعيينه في ضمن الفرد إلىٰ قبول الدّائن، ولا يسقط بمجرّد التّعيين، فلا يستحيل عقلاً أنْ لا يقترن تعيين الفرد المساوي مع قبول الدّائن، فلا يصير الكلّي المتعيّن في الخارج بمجرّد تشخيصه في ضمن فردٍ ما مِلْكاً للدّائن قهراً بحكم العقل، بل المملوكيّة أنّما هي بعد قبوله، فيمكن أنْ لا يقبل إلّا إذا عيّن حقّه في ضمن فردٍ يقترن بخصوصيّاتٍ يزيد بها عن حقّه. نعم، هو ملتزمٌ بالقبول شرعاً في بعض المقامات، ولكنّه لا ينافي ما نحن بصدده، لأنّ المقصود بيان أنّه لا استحالة عقلاً أن يؤدّي الحقّ بما يزيد عنه أو ينقص، نعم، يشترط بالتّراضي، وهذا بخلاف ما لو كان مساوياً فانّه لا يشترط بذلك فيُقهر الدّائن على القبول.

وهذا الذي ذكرناه ملاك الفرق بين المقامين، مِنَ الحاجة إلى قبول الدّائن في مقام براءة ذمّة المديون، بخلافه في مقام الطّلب، انّما هو في كلّ مورد يتوقّف البراءة علىٰ تعيين الحقّ في ضمن الفرد الخارجي، وامّا لو لم يكن كذلك بأن ثبت على عُهدة الدّائن حقٌّ للمديون مساوٍ لما كان يطلبه، فلا يحتاج إلى القبول، بل يتهاتر قهراً، فيكون نظير امتثال الأوامر في سقوطها بمجرّد الإتيان، ولابدّ أن يكون الكلّيّات علىٰ هذا الفرض متساويين، فلو تخالفا يبقى الزّائد في الذمّة ويتهاتر المساوي، فافهم وتأمّل.

ثمّ أنّه هل يجوز بيع المظروف باندار ظرفه مطلقاً، أو يختصّ الحكم بما يتعارف فيه ذلك، أو خصوص ظروف السّمن والزّيت؟

الأقوىٰ هو الثّاني، لعدم مساعدة الدّليل على الأوّل، ومنع الخصوصيّة في

السّمن والزّيت، خصوصاً بعد ملاحظة ظاهر معقد الإجماع المحكيّ عن فخر الدّين وغيره، بل وكلمات المُجمعين، كما سيتّضح ذلك من كلمات المصنّف فتأمّل.

قولهﷺ: «**لاصالة عدم زيادة المبيع عليه**»[١].

أقول: مرجعه إلى أصالة براءة ذمّة المشتري عن الزّائد على المتيقّن، وإلّا فهذا الأصل بنفسه لا أثر له شرعاً، وكيف كان، فقد أشرنا فيما سبق أنّ اجراء الأصل في مثل المقام خصوصاً مع التمكّن من تحصيل العلم بالواقع لا يخلو عن إشكال وتأمّل.

قولهﷺ: «**سواء تواطيا على ذلك في متن العقد...**»[٢].

أقول: لو علما بمقدار الزّيادة حقيقةً وأقدما علىٰ البيع والاندار، فلا ينبغي الإشكال في صحّة البيع.

وامّا لو لم يعلما إلّا بالزّيادة في الجملة، فان جوّزنا البيع علىٰ كلّ من التّحريرين، فلا إشكال أيضاً في الصحّة لما ذكره المصنّف.

وان منعنا البيع إلّا بالفرض الأوّل، أعني ما كانت الحاجة فيه إلى الاندار، لتشخيص الثّمن، وقلنا ببطلانه في الصّورة الثّانية، لاشتماله على الغرر، فيشكل في هذا الفرض، ولو لم يكن ما يندر ممّا علمت زيادته أيضاً، لأنّ التّواطي على الاندار بمنزلة الاشتراط، فهو بمنزلة الاندار قبل البيع في صيرورة البيع غرريّاً، إذ لا فرق عند التّحليل بين الاندار قبل البيع أو البيع بشرط الاندار، لأنّ الشّرط الغرري مستلزم لصيرورة البيع غرريّاً.

هذا، ولكنّ الإنصاف علىٰ ما يقوىٰ بنظري القاصر صحّة البيع علىٰ كلّ من التّقديرين، مضافاً إلىٰ كون كلّ من الصّورتين تعارفا، ومورد الأخبار شيوع

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٧ سطر ٢٠.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٧ سطر ٢٣.

تواطيهما حال البيع على الاندار، بل المتبادر المنساق إلى الذّهن من بيع المظروف كونهما متباينين حال البيع، بتعيين المبيع بالاندار على النّحو المتعارف، فهو بمنزلة الاشتراط في متن العقد، وظاهر العلماء، بل المقطوع من كلامهم، بل من موارد الاخبار هو الصحّة في هذه الصّورة، ولازمها صحّة كلّ من التّحريرين، لاشتمالها على محاذير كلّ من الصوّرتين.

نعم، ينبغي أن تقيّد الصحّة بما إذا لم يوجب الاندار صيرورة البيع غرريّاً عرفاً، لإمكان منع شمول الأخبار، بل الإجماع المحكيّ لمثل هذه الصّورة ممّا يحتمل أن تكون المخالفة فيه بحيثُ تصير المعاملة غرريّة، إذ الغالب فيها عدم كونها كذلك كما لايخفىٰ، وعلىٰ هذا الفرض لا يُجدي التّراضي في صحّته، لما حُكي عن بعض الأساطين من أنّ التّراضي لا يدفع غرراً ولا يصحّح عقداً، فافهم.

* * *

[في بيـع المظروف مع ظرفه]

قوله: «والّذي يقتضيه النّظر...»[1].

أقول: الظّاهر أنّ مفروض المسألة في هذا المقام أعـمُّ ممّـا عـنونه في صـدر المبحث، أعني بيع المظروف مع ظرفه، ومقصوده في هذا المـقام بـيان حكـم كـلّ منضمّين بيع بثمنٍ واحد في عقدٍ واحد، وحينئذٍ نقول إنّ المنضمّين، امّا أنْ لا يكون شيء منهما موزوناً، فلا إشكال في الصحّة، إذ لا يحصل من الانضمام مانعٌ ولا ارتفع شرط.

وما يمكن أن يتوهّم: مانعاً جهالة ثمن كلّ واحد منهما، يدفعه القطع بـعدم لزوم تعيين اجزاء المبيع الواحد من حيثُ القيمة.

وامّا لو كان كلاهما موزونين، فهو من مصاديق ما بيّن حكمه بقوله ﷺ:

«وامّا في غيره من أحد المنضمّين، اللّذين لا يكفي فـي بـيعه مـنفرداً معرفة وزن المجموع، فالقطع بالمنع، مع لزوم الغرر الشّخصي، كما لو باع

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٨ سطر ٢.

سبيكة من ذهب مردّدة بين ألف مثقال ومائة مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها ألفي مثقال، فانّ الاقدام علىٰ هذا البيع اقدامٌ علىٰ ما فيه خطرٌ يستحقّ لأجله الّلوم من العقلاء.

وامّا مع انتفاء الغَرَر الشّخصي، وانحصار المانع في النصّ الدالّ على لزوم الاعتبار بالكيل والوزن، والاجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع مجهول المقدار في المكيل والموزون، فالقطع بالجواز، لأنّ النصّ والإجماع إنّما دلّ على لزوم اعتبار المبيع، لا كلّ جزء منه»[1] انتهى كلامه.

هذا إذا لم يكن أحدهما تابعاً للآخر، والاّ فسيجيئ حكمه، والظاهر من كلام المصنّف ﷺ إناطة الحكم بالمنع على الغرر الشّخصي، وتمثيله بالسّبيكة المردّدة، خصوصاً بعد ملاحظة ما ذكره فيما سبق في شرائط المبيع، أنّ موارد المنع عنده مقصورة بما لو كان الشّيئان مختلفي القيمة، وامّا لو كانا متماثلي القيمة أو متقاربيها مثل الرّصاص والنّحاس، فهو ممّا قطع بجوازه، فالمدار عنده علىٰ كونه خَطَريّاً من حيثُ القيمة.

وتوهّم: أنّه ينبغي أن يصحّ البيع ـ بمقتضىٰ كلامه ـ لو تعمّد المشتري علىٰ شراء الرّصاص بقيمة الذّهب، لعدم اشتمال شخص المعاملة على الخطر بعد اقدامه عليه بهذا القصد.

مدفوعٌ: بأنّ التّباني والإقدام على المعاملة الغرريّة، لا يرتفع صدق اسم الغرر عن شخصها عرفاً.

ولكنّك بعد التأمّل فيما أسلفنا لك، مِنْ عدم إناطة الغرر على الجهل بقيمة المبيع، ولا علىٰ خصوص الأوصاف الّتي تختلف القيمة لأجلها، بل بالأوصاف الّتي تتعلّق بها مقاصد العقلاء نوعاً الّتي منها معرفة مقدار المبيع وجنسه، فلا يصحّ بيع شيء

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٨ سطر ٣.

مردّد بين كونه رطلاً أو رطلين، ولو علم بأنّ قيمته علىٰ تقدير درهم مثلاً، علمت أنّ الفرق بين متّحدي القيمة ومختلفيها غير متّجه، وأنّ ما قطع فيه بجوازه فهو في غير محلّه، وما ذكره من عدم لزوم تعيين مقدار أجزاء المبيع انّما يتمّ فيما لو اتّحدت الأجزاء، وامّا لو تغايرت فلا، إذ كما أنّ مقتضى دليل نفي الغرر وجوب تعيين جنس المبيع ومقداره، كذلك لزوم تعيين كلّ واحدٍ من الشّيئين الّذين بيعا بثمن واحد، إذ لا فرق في كون تعيين وزن المبيع وجنسه من المقاصد بين المقامين، فكما أنّ المبيع المردّد بين أشياء متساوية القيمة، لا يخلو عن الغرر، كذلك لو تردّد أكثره بين أن يكون من هذا أو ذاك، سلمنا نفي صدق الغرر في مثل المقام، لكن نقول إنّ معرفة جنس المبيع ممّا لابدّ منه، ولو لم نقل بأنّ الجهل به مستلزمٌ للغرر، لأنّ الظّاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه، فلو تردّدت سبيكة مشتملة على الرّصاص والنّحاس، وكان وزن مجموعها أربعة أرطال، بين أن يكون كلّ واحدٍ من رصاصها ونحاسها ثلاثة أرطال، والآخر رطلٌ لا يُعلم جنس المبيع بتمام أجزائه، ضرورة أنّه في المثال يعلم بأنّ رطلاً من المبيع رصاص ورطلاً منه نحاس، ورطلين منه غير معلوم الجنس، فكما أنّه يجب معرفة ذات المبيع، كذا يجب معرفة أجزاء المبيع ممّا لم يحدث له بالتّركيب عنواناً آخر يُغاير معرفته لمعرفة أجزائه كالمعاجين مثلاً، وقد قرّرنا فيما سبق ما به يتبيّن الكلام في هذا المقام. وقد نقلنا الإجماع علىٰ وجوب معرفة أجزاء المبيع.

نعم، لو امتاز الجزءان في الخارج، بأن يكون المبيع وصلة من الرّصاص ووصلة من النّحاس، لا يوجب الجهل بمقدار كلّ منهما مجهوليّة جنس المبيع في شيء من أجزائه، ضرورة أنّ كلّ واحد من الوصلتين معلوم الجنس، وليس جزء آخر مردّداً بين الأمرين.

إلّا أنّك عرفت عدم انحصار المانع في ذلك، وأنّ الجهل بمقدار كلّ منهما كالجهل بالجنس موجبٌ لصيرورة المعاملة غرريّة.

ثمّ أنّه لو سلّم انتفاء الغرر، وعدم لزوم معرفة مقدار أجزاء المبيع مطلقاً، وعدم منافاة الجهل بجنس المبيع في بعض أجزائه، كما في بعض الصّور نقول إنّ ما ذكره أخيراً من أنّ النصّ والإجماع أنّما دلّ على لزوم اعتبار المبيع، لا كلّ جزء منه، فغيرُ مسلمٍ فيما لو كانت أجزاء المبيع متغايرة بحسب الجنس، لأنّ كلمة ما في مثل قولهﷺ: «**وما كانَ مِنْ طعامٍ سَمّيت فيه كيلاً فلا يصلح بيعه مجازفةً**»[1] ظاهرة في إرادة العناوين الخاصّة المتأتية لأشخاص المسعّرات، فكأنّ الكلام في قوّة قولك أن بيع الحنطة و الشّعير وكذا وكذا لا يصحّ بيعه مجازفةً، فلا يصحُّ بيع شيء منهما إلّا بعد معرفة وزنه بخصوصه، إذ لا يرتفع بالعلم بوزن المجموع صدق اسم الجزاف علىٰ بيع كلّ منهما، ضرورة صحّة قولك فيما لو بعت صبرةً من الحنطة وصبرةً من شيء آخر ببيع آخر، بعد معرفة وزن مجموع الصّبرتين من حيثُ المجموع، «انّي بعتُ الحنطة من غير معرفة وزنها»، كيف ولو خرج بمعرفة وزن المجموع عن صدق كون بيع الحنطة مجازفةً للزم صحّة بيع كلّ موزونٍ بعد ضمّه إلىٰ شيء آخر، ولو لم يكن ذلك الشيء موزوناً بعد معرفة وزن المجموع، كما لو انضمّ الصُّبرة من الحنطة إلىٰ صخرة عظيمة وعيّن وزنٌ للمجموع، إذ لا مدخليّة لكون ذلك الشّيء الآخر من الموزونات في رفع الاسم.

إن قلت: إنّ ما ذكرتَ يجري فيما لو بيع صُبرتان من الحنطة ولم يُعيّن وزن كلّ واحدة منهما، حيثُ أنّه يصدق علىٰ كلّ منهما أنّها بيعت مجازفة.

قلنا: صدق اسم الجزاف في خصوص كلّ منهما غير منافٍ لصحّة البيع، بعد معلوميّة وزن مجموع المبيع المتّحد نوعاً، لأنّ المبيع وهو عبارةٌ عن حنطة مجموع الصّبرتين معلوم بالفرض، والرّواية لا تدلّ إلّا على لزوم تعيين وزن نوع الطّعام لا خصوص أجزائها، كما لا يخفىٰ.

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٧ باب ٤ ص ٣٤١.

وحاصل مدلول الرّواية أنّه يجب تعيين وزن الحنطة والشّعير وغيرهما من المسعرّات حال البيع، وهذا المعنىٰ موجودٌ في الفرض، وامّا اعتبار الزّائد علىٰ هذا المعنىٰ، بأن يعرف مقدار كلّ فردٍ من الأفراد المتّحدة بالنّوع حال بيع مجموع الأفراد، فلا تدلّ الرّواية عليه.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ الأقوىٰ عدم جواز بيع الشّيئين الموزونين بعقد واحد من دون تعيين وزن كلّ واحد منهما.

نعم، قد أشرنا إلى أنّه لو تحصّل من الانضمام طبيعةً ثالثةً عرفاً، بحيثُ لا حاجة في معرفتها إلىٰ معرفة أجزائها، كالسّكنجبين وغيره من المعاجين والأدوية، فلا حاجة إلىٰ تعيين مقدار الأجزاء، كما قرّرنا ذلك في محلّه، فراجع.

هذا تمام الكلام فيما إذا لم يكن أحد الموزونين تابعاً للآخر.

وامّا لو كان أحدهما تابعاً، كما في الفضّة المحشّىٰ بالشّمع، إن قلنا بكون الشّمع تابعاً، وجوّزنا بيع الفضّة منفرداً واندار الشّمع، بمعنى أنّه قلنا بكفاية معرفة وزن المجموع في صحّة بيع الفضّة، كما هو الظاهر، فالأقوىٰ تفريع المسألة علىٰ مسألة ضمّ المجهول إلى المعلوم. وقد قرّرنا في هذه المسألة أنّه لو كان دخول التّابع في المبيع بعنوان التبعيّة لا الاستقلال، بأن كان جزء من المبيع فلا بأس، وإلّا فالأقوىٰ هو المنع فراجع.

ثمّ لا يخفىٰ عليك ما في ظاهر كلام المصنّف في هذا المقام، حيثُ قال بعد حكمه بالصحّة فيما لو كان أحدهما تابعاً، وإلّا فلا، أي إنْ لم يكن أحدهما تابعاً فلا يصحّ البيع باطلاقه، وهذا باطلاقه منافٍ، لما ذكره سابقاً في حكم المنضمّين، مِنَ الإناطة على الغرر الشّخصي، وقد ذكرنا أنّ هذا الفرض من مصاديق هذا الفرع، فالمتّجه علىٰ مذهبه أن يقال فان لم يكن أحدهما تابعاً للآخر، فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشّخصي كالسّبيكة المردّدة، وإلّا فالقطع بالجواز، فافهم وتأمّل.

***

[في استحباب التفقه في مسائل التجارات]

قوله: «فانّ معرفة الحلال والحرام واجبةٌ على كلّ أحد، بالنّظر إلىٰ ما يبتني[1] به من الأُمور، وليس معرفة جميعها ممّا يتعلّق بالإنسان وجوبها فوراً دفعةً بل عند الإلتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله، وعند إرادة الإقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها»[2] انتهىٰ.

أقول: قد يتوهّم أنّهﷺ علّل وجوب تحصيل المعرفة بالعلم الإجمالي بثبوت المُحرّم في الوقائع الّتي يبتلي بها ويريد الاقدام عليها.

فيورد عليه: بأنّه يكفي في إثبات الوجوب مجرّد احتمال الحرمة مع قطع النّظر عن العلم الاجمالي، بحيثُ لو لم يبتل إلّا بواقعة خاصّة غير معلومة الحكم لوجب عليه تحصيل العلم، لما تقرّر في محلّه من عدم جواز الرّجوع إلى الأُصول قبل الفحص، فلو ارتكب الشّبهة وصادف الواقع لكانت معاقباً، فيحكم العقل بوجوب

---

١ ـ في المكاسب: يبتلى.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٨ سطر ٢٥.

تحصيل العلم لدفع الضّرر المحتمل، كما أنّه يحكم بوجوب كلّ واحد من أطراف الشّبهة المحصورة لأجل ذلك، ففيما نحن فيه لما كانت الشبهة حكميّة، لا نحتاجُ في اثبات الوجوب إلىٰ دعوى العلم الإجمالي، وقد لاح هذا الايراد من بعض افادات سيّد مشايخنا أدام الله أيّام إفاضاته وإنْ لم يُصرّح به.

ولكنّ الإنصاف أنّه غير متّجه، حيثُ أنّهﷺ لم يحصر العلّة في ذلك، بل الظّاهر من عطفه بكلمة أو أنّ هذه علّة مستقلّة لوجوب المعرفة، كما أنّ احتمال الحرمة بنفسها علّة مستقلّة، فكأنّهﷺ أشار إلى أنّ علّة الوجوب في حال الالتفات نفس الاحتمال، وفي حال الغفلة علمه السّابق على الفعل في حالٍ من الأحوال، وهذا المقدار من الاختيار يكفي في حسن العقاب، كما أشار إليه في بعض كلماته، فلا يرد عليه ما ذكروه من أنّ عقاب الجاهل قبيح لامتناع تحقّق الإطاعة معه، فافهم.

قوله: «ثمّ أنّ المقام يزيد علىٰ غيره بأنّ الأصل في المعاملات الفساد...»[1].

أقول: لا فرق في كون الأصل في المعاملات الصحّة أو الفساد، بعد العلم الإجمالي بوجود الافراد المباحة والمحرّمة، لأنّه لا يجوز التمسّك بالأصل مع وجود ما هو مخالفٌ له، كما تقرّر في محلّه. نعم، المزيّة الّتي ادّعيت أنّما هي في الشّبهات البدويّة دون المقترنة بالعلم الإجمالي، اللّهم إلّا أنْ يُفصَّل بين ما إذا كان الأصل في أطراف الشّبهة المقرونة بالعلم الإجمالي الحلّية أو الحرمة، فيُتمسّك بالأصل في الثّاني دون الأوّل فتأمّل.

ثمّ لا يخفىٰ عليك أنّه لا يتفاوت الحال في المقام بين أن تثبت للمعاملة المشتبهة بسبب الأصل حرمة ظاهريّة، وبين أنْ لم تثبت، لما عرفت مِنْ كفاية مجرّد الاحتمال،

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٠٨ سطر ٣٣.

لوجوب التجنّب بحكم العقل، وامّا ترتّب العقاب علىٰ مخالفة الأحكام الظّاهرية فلا نقول به، بل هو دائرٌ مدار الواقع، كما في ارتكاب الشّبهة الّتي ليس فيها معذوراً. وامّا العقاب من جهة التجرّي، ففي كلا المقامين موجودٌ لو قلنا به.

نعم،، يمكن الفرق في بعض الآثار الوضعيّة المترتّبة علىٰ ذات المعصية، كالفسق إنْ قلنا بتحقّقه بمجرّد المخالفة لله تعالىٰ، ولو في حكم ظاهري فتأمّل.

قوله ﷺ: «**ثمّ أنّه لا إشكال في أنّ كلّاً من طلب العلم وطلب الرّزق منقسمٌ إلى الأقسام الأربعة أو الخمسة...**»[1].

أقول: هذا أنّما هو حكمها في صورة المزاحمة، ولكن بقي الكلام في مورد التّعارض، وهو أنّما يكون بين ما دلّ علىٰ حرمة إلقاء الإنسان كَلَّه على النّاس، وعدم جواز أكله من وجوه الزّكاة وردّ المظالم والأخماس، مع تمكّنه من الاكتساب، فيجبُ تحصيل الرّزق على كلّ متمكّن من الكسب مقدّمةً للتجنّب عن المذكورات، وبين ما دلّ علىٰ عدم لزوم الاكتساب على طالب العلم، لأنّ الله تبارك وتعالىٰ ضَمِن رزقه بنفسه، وأمر الأرض أن ترزقه بلا مشقّة، فتعارض الدّليلين بالعموم والخصوص، فيُخصَّصُ الأوّل بالثّاني، ولذا نقول بجواز أكل الطّالب من هذه الوجوه مع كونه قادراً على الكسب، وإلّا فكيف يصحّ نفي الإشكال عن الصّورة الّتي ذكرها المصنّف بقوله: «ورُبَّ ما يحصلُ بالاشتغال» الخ.

***

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢١٠ سطر ١١.

كتاب الخيارات

[في بيان الفرق بين الحقّ والحكم]

قولهﷺ: «ولعلّ التّعبير بالملك للتّنبيه على انّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام»[1].

أقول: الفرق بين الحُكم والحقّ أنّ الحُكم عبارة عن الالزامات والالتزامات والترخيصات الشرعيّة المتعلّقة بأفعال المكلّفين، فلايصحُّ أنْ يُحمل علىٰ شيء خارجيّ، متأصّلاً كان أو غير متأصّل، ولا يتقوم الحكم في الخارج إلّا بوجود المكلّف، لأنّه بيانٌ لآدابه في أفعاله، فلا يتحقّقُ إلّا به، وهذا بخلاف الحقّ فانّه قسمٌ مِن الجِدَة والمِلْك، نظير المال، بل هو هو بوجهٍ واعتبار، بمعنىٰ أنّه مرتبةٌ ضعيفةٌ من الملكيّة ليست بحيثُ توجبُ جواز التصرّف في متعلقه، أو منع الغير من التصرّف فيه تصرّفاً مطلقاً، كما في المِلْك المطلق، بل المترتّب عليه أنّما هو بعض الآثار بقدر ما تقتضيه تلك المرتبة، فالحقُّ عبارة عن المرتبة الضّعيفة من الملكيّة المتحقّقة في متعلّقه مضافة إلىٰ ذي الحقّ إضافة المملوك إلىٰ مالكه، فتحقّقها غير متوقّفٌ علىٰ وجود

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢١٤ سطر ٤.

المضاف إليه، بل المتوقّف عليه أنّما هو المتعلّق لكونه محمولاً عليه. نعم، إضافته إليه فرعُ وجوده كالمال بعينه، فكما أنّ المال في حدّ ذاته موجودٌ خارجيّ غير متوقّف علىٰ وجود زيد مثلاً، وانّما المتوقّف عليه إضافته إليه، فكذا في الحقوق ماليّة كانت أو غير ماليّة.

والحاصل: أنّ الحقوق أُمورٌ واقعيّةٌ موجبةٌ لسلطنة صاحبها على التصرّف في متعلّقها بمقدار اقتضائها، وليس وجود أشخاص المالكين من مقوّمات وجودها، ولذا يقبل الانتقال والاسقاط والتّوريث. نعم، الحقيّة كالملكيّة متوقّفة علىٰ وجود المالك لكونها من الإضافات، وهي لا تتحقّق بدون المضاف إليه دون ذات الحقّ والمِلْك، فافهم.

إذا عرفت ذلك علمت أنّ الإجازة والرّد من آثار سلطنة المالك علىٰ ماله، وعدم جواز تصرّف الغير فيه من دون رضاه، وجواز تصرّفه فيه مطلقاً، ومنع الغير عن التصرّف فيه، لا أنّه انتقل المال عنه حقيقة بعقد الفضولي، إلّا أنّه للمالك حقّ الاسترداد، كما لا يخفىٰ، إذ لا أثر لعقد الفضولي في الانتقال الحقيقي لا شرعاً ولا عرفاً، فالملكُ باقٍ علىٰ ملكه، والإجازة والردّ أنّما يقعُ علىٰ التأثير المسبّب عنها أنّما هو من أجل سلطنته التامّة.

وامّا التسلّط على الفسخ في العقود الجائزة، فكونه حُكماً لا حقّاً ففيه تأمّلٌ. نظراً إلى ما أفاده سيّد مشايخنا ـ أدامه الله ـ مِنْ عدم كون الخواصّ من الخواصّ الشّاملة ولو بملاحظة مجموعها، فيمكن أنْ يوجد حقٌّ معري عن تلك الخواصّ بأجمعها، فثمرة الخواصّ المذكورة أنّما هي في كلّ مورد يوجدُ شيء منها، فيعلم منه عدم كونه حكماً، وامّا ما لا يوجد فيه شيء منها فلا يُحكم بكونه حكماً، وسيجيء توضيح المرام وتحقيق الكلام في مظانّها إنْ شاء الله.

***

[أدلّة أصل لزوم المعاملات]

قوله: «منها: قوله تعالىٰ: ﴿أوفوا بالعقود﴾...»[1].

أقول: قد ناقش في الاستدلال بها سيّد مشايخنا أدامه الله بما مُلخّصه:

أنّ الوفاء بالعقد عبارةٌ عن الإقامة بحدوده، والالتزام بترتيب الآثار المرتّبة عليه، وأنّه وفي بأمر فلانٍ أي أتمّه علىٰ ما ينبغي، ولا ريب أنّ تحقّق الوفاء إنّما يتوقّف علىٰ بقاء متعلّقه، أعني العقد حال الوفاء، ولو باعتبار آثاره، لا بملاحظة نفس الفعل الخارجي أعني العقد اللّفظي، إذ لا يعقل الأمر بالوفاء ما لم يكن العقد ـ أعني التعهّد ـ ثابتاً، فالوفاءُ في مقابل النّقض، فهو عبارةٌ عن مخالفة التعهّد، والعمل على خلاف ما التزمه على نفسه، فكلٌّ من الوفاء والنّقض يتوقّف صدقه علىٰ ثبوت التزام وتعهّد حتّىٰ يكون العمل علىٰ خلافه نقضاً ووفقه وفاءً.

وحينئذٍ نقول: إنّ بقاء العقد الّذي هو عبارة عن الالتزام والتعهّد بعد الفسخ الّذي شُكّ في تأثيره غير معلومٍ، فلا يصحُّ الإستدلال بالآية لوجوب الوفاء بـه،

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢١٥ سطر ١٢.

لعدم احراز الموضوع.

تـوضيحه: أنّ الفسخ كالاقالة ليس نقضاً للعقد، بل بهما ينحلّ العقد ويرتفع الالتزام والتعهّد من البين، فلا يعدُّ العمل علىٰ وفق مضمون العقد، بل الإقالة وفاء للعقد ولا العمل علىٰ خلافه نقضاً، لأنّ الإقالة نزّلته منزلة العدم، وجـعلته كأنْ لم يكن شيئاً مذكوراً. فعلى هذا يرجع الشَّك في تأثير الفسخ إلى الشكّ في بقاء العقد بعد الفسخ حتّىٰ تكون التصرّفات الّلاحقة نقضاً، ومعلومٌ أنّه لا يصحّ التمسّك بالآية علىٰ هذا التقدير لوجوب الوفاء، لعدم احراز موضوعه.

الّلهم إلّا أن يُتمسّك بالاستصحاب لاحراز الموضوع، فيترتّب عليه الحُكـم بمقتضى الآية، ولكنّه بعد تسليم الاستصحاب وعدم المناقشة بما لعلّه سيجيء.

نقول: انّ هذا خارجٌ عمّا نحن بصدده، أعني إثبات الّلزوم بمجرّد الآية.

هذا، ولكنّ الإنصاف صحّة الاستدلال بها، وعدم ورود المناقشة المـذكورة عليها، بل هي من أقوى الأدلّة في الباب وعمدتها، وعليها تدور رحى المعاملات في أغلب أبوابها وأكثر أحكامها.

وامّا رفع المناقشة فلا لأجل الالتزام بصدق النّقض في جميع الموارد، حتّىٰ في مثل الإقالة والتصرّفات المتعقّبة للفسخ، فتكون أدلّة جـوازهـا مخـصّصة للآيـة، ويرجعُ في موارد الشكّ إلى العموم، لأنّه مع كونه في حدّ ذاته بعيدٌ، خلاف ظاهر النّقض الّذي هو بظاهره ضدّ الوفاء، فانّ النقض وإنْ كان قد يُستعمل في رفع الأمر الثّابت، إلّا أنّه مجاز بعيد، وظاهره قطع الشّيء المستمرّ، ورفع الهيئة الاتّصاليّة عن الشيء المـتّصل، واطـلاقه في العـهد والمـيثاق لتشـبيهه بـالحبل في الاسـتمرار والاستحكام، فهو من نقض الحبل أي قطعه لا رفعه، فارادة رفع موضوع العهد من البين لا نقض آثاره بعيدٌ من هذا الّلفظ، وكذا الوفاء الّذي هو مقابله، بل إطـلاق الوفاء على ابقاء نفس العهد، لا إرادة العمل علىٰ مقتضاه، وترتيب الآثار علىٰ وفقه أبعدُ من اطلاق النّقض على الرّفع، لما قد يتصوّر من العلاقة فيما بين الأخيرين دون

الأوّلين. وعلىٰ هذا فالالتزام بالاشكال أسهل من الالتزام بصدق النّقض في الموارد المذكورة، ولكنّا يدفعه الفارق بين الموارد ضرورة أنّ صدق الوفاء والنّقض منوطٌ بنظر العرف، وإنْ كانَ نفس التوقّف واقعياً، بمعنى أنّا نلتزم بتوقّف الصّدق المزبور على بقاء العقد بملاحظة آثارها. إلّا أن نقول إنّ البقاء والارتفاع أنّما هو بنظر العرف لا بحكم الشّارع، وتنزيله منزلة المعدوم فانّ هذا لا يوجب خروج المورد عن صدق اسم النّقض، مثلاً لو تعاهد زيدٌ وعمرو على أن يتكفّل زيد نفقة عمرو على أن يقيم عمرو بخدمته إلىٰ مضيّ سنة، فلو لم يفعل أحدهما ما تقبّله ورجع عن كلامه قبل انقضاء المدّة وقال إنّي أبطلتُ الالتزام ورجعت عن الكلام الّذي بنيتُ عليه، فلا إشكال في صدق النّقض عليه في نظر العرف، ضرورة أنّ رجوع أحد المتعاهدين عن التعهّد غيرُ موجبٍ لانتفاء المعاهدة والالتزام رأساً من دون امضاء الآخر، إذ الإنتفاء بدون الإقالة من الطّرفين، بل باختيار كلّ منهما منافٍ للزوم المعتبر في ماهية الالتزام.

وكيف كان، فلا إشكال ولا تأمّل في أنّ أهل العرف يحكمون بأنّ هذا الشّخص نقض عهده ولم يفِ به، وعلى هذا فلو قال الشّارع «يجبُ عليكم الوفاء بعهدكم ويَحرُم عليكم نقضه» يشمل لمثل هذا الفعل، نعم، لو قال الشّارع أنّ فسخ زيد مؤثّرٌ مثلاً، معناه أنّ رجوع زيد عن التزامه ممضىً بحكمه، ومعنى امضائه أنّه مؤثّر في رفع العقد، وهذا لا يقتضي إلّا صيرورة العقد كَلا عقد، ويتفرّع عليه عدم صدق النّقض على التصرّفات الّلاحقة للفسخ، وامّا نفس الفسخ والرّجوع الّذي هو كان نقضاً قبل حكم الشّارع فلا يؤثّر الحكم فيه في شيء، بأن يجعله لا نقض، بل لا يعقل التأثير فيه، حيثُ انّ الحكم من عوارض هذا الفعل الخارجي الذي هو نقضٌ ذاتاً، فكيف يؤثّر الحكم في انقلاب الموضوع عمّا هو عليه.

هذا كلّه مع أنّ نفي صدق النّقض على الإقالة أيضاً محلُ تأمّلٍ، بل منعٍ، إذ النّقض عند العرف ليس إلّا الرّجوع عن كلامه بملاحظة ترتيب الآثار عليه، وهذا

المعنىٰ موجود في الإقالة أيضاً. غاية الأمر انّها نقضٌ مجوّزٌ عند العرف، لكونه ناشئاً عن تراضي الطّرفين، فكأنّه بمنزلة معاهدة مستأنفة عندهم كسائر معاملاتهم، وقد أمضاها الشّارع.

وبما ذكرنا ظهر لك الجواب عن النّقض بالتصرّفات الّلاحقة للفسخ والإقالة، حيثُ أنّ الالتزام بكونها نقوضاً جائزة بيّن الفساد.

توضيح الجواب: أنّ الإقالة بنفسها وإن كانت نقضاً، إلّا أنّ معنى إمضائها وتأثّرها جعلها سبباً لارتفاع موضوع العقد، وصيرورته كأن لم يكن، فلا يتحقّق بعد ذلك نقضٌ أبداً.

ثم أنّ ما ذكرنا من الإشكال في صدق النّقض، من كونه ظاهراً في قطع الأمر المستمرّ لكونه من نقض الحبل.

ففيه: أنّه مسلّمٌ، ولكنّه لا ينافي صدق النّقض على الإقالة كالفسخ، لكونها رافعة للاستمرار الّذي هو مقتضى العقد، فيكون بمنزلة القاطع بالإقالة، حيثُ أنّ العقد اقتضى الالتزام بمتعلّقه إلىٰ مضيّ سنة وقد انقطع بالإقالة.

نعم، إطلاق النّقض عليه بعد ارتفاع الالتزام بنفسها بانقضاء المدّة خلاف الظّاهر المتبادر كما أشرنا إليه.

ومن هذا ظهر لك أنّ إبقاء العقد أيضاً وفاء بالعقد، إذ ليس معنى الإبقاء إلّا الالتزام بآثاره، وإلّا فنفس العقد الواقع ليس قابلاً للإبقاء والارتفاع، فافهم.

قولهﷺ: «ومن ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالىٰ: ﴿أحلّ الله البيع﴾»[1].

أقول: إنّ الاستدلال بالآية الشريفة لإثبات لزوم البيع لا يخلو عن إشكال،

١ ـ كتاب المكاسب: ٢١٥ سطر ٢٢.

لعدم كونها مسوقةً لبيان شرائط البيع وكيفيّاته، وليس لها اطلاق أحوالي حتّىٰ يتمسّك بها في موارده، بل هي مسوقة لبيان حلّية ذات البيع، بمعنىٰ تأثيره في النّقل والانتقال شرعاً في مقابل حرمة الرّبا، كما في قولك «أحلّ اللهُ الغَنَم وحرّم الخنزير»، ومن المعلوم أنّ قولك هذا غيرُ معارضٍ لقولك في مقام آخر «أنّ أكل مال الغير حرامٌ مطلقاً غَنَماً كان أم غَيرُ غنمٍ».

ووجه عدم المعارضة: ما ذكرنا من عدم كون الإطلاق في الكلام ناظراً إلىٰ شرائط الأكل من التّذكية وكونه مملوكاً وغير ذلك، وقد ذكرنا تمام الكلام في هذا المقام في مبحث المعاطات، فراجع.

وممّا ذكرنا ظهر لك ضعف الاستدلال لما نحن فيه بقوله تعالىٰ: ﴿**إلّا أنْ تَكونَ تجارةً عن تراضٍ**﴾[١]، نعم الاستدلال بالمُستثنىٰ منه أعني قوله تعالىٰ: ﴿**لاتَأكُلوا أموالَكمْ بَيْنَكمْ بالباطل**﴾ لا يخلو عن وجهٍ، ولكن في الموارد الّتي يُقطع بصدق الباطل عليها عرفاً، وامّا في الموارد الّتي يُشكّ فيها أهل العرف في صدق الباطل عليها، كما لو علم بأنه لو لم يأكل مال الغير لترتّب عليه الضّرر مثلاً، فانّ أكل المال في هذه الصّورة ـ مع التزامه بتداركه ـ غير معلومُ صدق الباطل عليه عرفاً.

وكيف كان، فالاستدلال بهذه الآية أنّما يتمّ في غير الموارد الّتي شُكّ في صدق الباطل عليها عرفاً، وامّا فيها فلا، للشكّ في تحقّق الموضوع كما لايخفىٰ.

قوله: «وممّا ذكرنا يظهر لك وجه الاستدلال بقوله ﷺ **«لا يَحِلُّ مالُ اِمْرء مُسْلم إلّا عن طيب نفسه»**[٢].[٣]

أقول: الاستدلال بها واضحٌ، ولكنّه انّما يثمر في العقود المشتملة على التّمليك

١ ـ سورة النساء: آية ٢٩.
٢ ـ عوالي اللآلي: ١ / ١١٣ حديث ٣٠٩.
٣ ـ كتاب المكاسب: ٢١٥ سطر ٣٠.

الفعلي، وامّا في مثل الجعالة والمسابقة وغيرها فلا، بل وكذا الإجارة المتعلّقة بالأعمال، إلّا أن يلتزم بأنّ العمل أيضاً مالٌ، أو يتمسّك بعدم القول بالفصل بين موارد الإجارة، ولا يخفىٰ أنّ صحّة الاستدلال بها في مثل عقد الإجارة أنّما هو بعد صيرورة الإجارة ملكاً له.

وعلىٰ هذا، فان قلنا بأنّه يملك بمجرّد العقد، كما هو الظّاهر فلا إشكال.

وإنْ قلنا بانّ الملكيّة أنّما تحصل بعد إتمام العمل، فيشكل الاستدلال بها قبل الإتمام، ومثل هذهالرّواية في الدّلالة قوله: «**النّاسُ مُسلّطون على أموالهم**»، فافهم.

قوله: «**لكن لا يبعد منع صدق الشّرط في الالتزامات الابتدائيّة...**»[١].

أقول: هذا مخالف لما ذكره في مبحث المعاطات، من أنّ الشّرط لغةً مطلق الالتزام، فراجع.

وقد يتوهّم: صحّة الاستدلال بها على الّلزوم، بعد تسليم كونه حقيقةً في خصوص الالتزامات الضمنيّة بدعوى الأولويّة.

وفيه: أنّها ممنوعة، ولعلّ التساوي أيضاً غير مسلّم.

كما أنّه قد يتوهّم: أنّ لزوم الشّرط يستتبع لزوم المشروط، إذ لا يعقل جواز البيع مع لزوم الشّرط المتحقّق في ضمنه، فيتمّ القول بالّلزوم في كلّ من أنواع المعاملات، امّا في فاقد الشّرط فلعدم القول بالفصل، وفي واجده فلعدم معقوليّة التّفكيك.

وهذا التوهّم أيضاً فاسدٌ، حيثُ أنّ الحكم لا يتخطّىٰ عن موضوعه، فوجوب الوفاء بالشّرط أنّما هو مادام الشّرط محقّقاً بصفة الشرطيّة، وهذا المعنىٰ لا يُنافي

١ ـ كتاب المكاسب: ٢١٥ سطر ٣٥.

جواز العقد، فما دام العقدُ باقياً يجبُ الوفاء بالشّروط، وبعدما انتفى العقد لم يبق شرطٌ حتّىٰ يجبُ الوفاء به، مثلاً لو جعل المتعاقدان في عقد الإجارة خيار الفسخ لكلّ منهما، ومع ذلك شَرَط المُوجر على المستأجر أنْ يؤدّي ثمن الإجارة على قسط الشّهور، فنقول إنّ الشّرط لازمٌ والوفاءُ عليه واجبٌ، بمعنىٰ أنّه يجب عليه الاداء بقسطٍ كلّ شهر علىٰ مقتضى الشّرط، ما لم يختر لنفسه فسخ العقد، فما دام العقدُ باقياً يجبُ عليه الوفاء بالشّرط، وبعدما اختار الفسخ يرتفع، لكنّه لا لقصورٍ في الوجوب، بل لارتفاع موضوع الواجب.

نعم، يمكن الاستدلال بها بتقريب آخر بأن يقال إنّا نقطعُ بعدم مدخليّته الضمنيّة في لزوم الوفاء، وأنّما المناسب للحكم الّذي يصلح لأن يكون موضوعاً هو نفس الالتزام، من دون مدخليّة كونه في ضمن الغير في ذلك فتأمّل[١].

قوله: «فيبقىٰ ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم فتأمّل»[٢].

أقول: ولعلّ الأمر بالتأمّل إشارة إلى ما قرّره في الأصول من جواز استصحاب الكلّي في مثل المقام، أعني ممّا شك في بقاء الكلّي في ضمن فردٍ آخر غير الفرد المعلوم زواله، وهذا الفرد وإنْ كان مشكوك التحقّق من أوّل الأمر أيضاً، إلّا أنّ الشكّ فيه ولو في أصل وجوده غيرُ مانعٍ عن استصحاب الكلّي، لأنّه من حيثُ هو كان متيقّناً في السّابق ومشكوكاً في اللّاحق فيستصحب، ويترتّب عليه آثار نفس الكلّي دون الفرد.

اللّهم إلّا أنْ يقال بأنّه شكٌّ في المقتضي دون الرّافع، فلا يصحّ استصحابه على ما هو التّحقيق فتأمّل.

---

١ ـ وجه التأمّل أنّه كيف يحصل القطع بعدم مدخليته الضمنيّة في الحكم، وأنّ المناط نفس الالتزام، مع إمكان التبعيّة بما هي منشأ لذلك، كما لايخفىٰ على المتأمّل.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢١٦ سطر ١١.

[في خيار المجلس]

قولهﷺ: «**وهل يثبت لهما مطلقاً، خلاف...**»[1].

أقول: الأقوىٰ هو التّفصيل بين أقْسام الوكيل، كما حقّقه المصنّف، فالوكيل كما ذكره علىٰ ثلاثة أقسام لأنّه:

إمّا أنْ يكون وكيلاً في مجرّد اجراء صيغة العقد.

وامّا أنْ يكون وكيلاً في خصوص المعاملة الشخصيّة، كأن وكّله في شراء عبدٍ من ماله، فعلىٰ هذا لا يكون مأذوناً في التصرّف في ماله إلّا على النّحو الخاص.

وامّا أنْ يكون وكيلاً مطلقاً في التصرّف في أمواله، مطلقاً أو مالٍ خاصٍ مطلقاً، بأن يكون له التصرّف في المال المخصوص بأنواع التصرّفات والتقلّبات فيه وفي أبداله وهكذا، كما هو الشأن في عمّال التّجار.

إذا عرفت ذلك فنقول: لا إشكال ولا تأمّل في نفي الخيار للقسم الأوّل من الوكلاء، لأنّ المتبادر من النصّ غيرها، فانّ لفظ «البيّعان» ولو سلّم كونه حقيقةً في

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢١٦، سطر ٢٨.

الوكيلين في اجراء الصّيغة، كما يساعد عليه اسناد لفظ البيع إلىٰ نفسه بقوله «بعتُ»، إلّا أنّه منصرفٌ عنهما لا لأجل الغلبة كما زُعم، بل لعدم ملحوظيّة فعلهما في نظر العرف، وعدم كونهما عندهم إلّا كلساني الموكّلين، فليس لهما من حيثُ هما فعلٌ بنظر العرف، والبيع الصّادر عنهما بملاحظة نفسهما مُنزّلٌ منزلة العدم، ولذا لو قيل إنّ فلاناً باع داراً واشترى عبداً لا ينسبقُ إلى الذّهن أنّه أجرىٰ صيغة البيع، بل لو كان المقصود منه ذلك لكان كلاماً مضحكاً.

وكيف كان، فلا إشكال في حكم هذه الصّورة، بل لا ينبغي الإشكال في نفي الخيار للوكيل في القسم الثّاني أيضاً، فانّ لفظ «البيّعان» وإنْ كان صادقاً عليهما، غيرُ منصرفٍ عنهما بحسب العرف واللّغة، إلّا أنّ الظّاهر من اطلاقات أدلّة الخيار في جميع الأبواب كلّها أنّها ناظرة إلى أدلّة وجوب الوفاء، فيثبتُ الخيار لمن يجب عليه الوفاء لولا دليل الخيار، ومن المعلوم أنّ الأمر بالوفاء لا يحسن توجّهه إلّا على من له شأنيّة الوفاء، وهو ليس إلّا المالك أو من يقوم مقامه من الوليّ أو الوكيل المطلق، لأنّه هو الّذي لولا عليه وجوب الوفاء لكان له الردّ والإمضاء، وامّا الأجنبيّ الّذي لا ربط له بالمال، ولا يجوزُ له التصرّف فيه، فلا يحسنُ أنْ يقال له «أوفِ بالعقد الفلاني»، فكما أنّ المأمورين بالوفاء هم المُلّاك أو من يقوم مقامهم، كذلك المرخّصين في إبطال العقد أيضاً هم الملّاك أو من يقوم مقامهم، لظهور نفس التّرخيص في ذلك.

هذا، مع أنّ المناسبة بين الحكم وموضوعه، وكون حِكمة الحكيم إرفاقاً للمالك، وبعد تسليطه الأجنبي على التصرّف في مال الغير من دون اذنه المنافي لحِكمة الحكيم، كلّها قرينة علىٰ قصر الحكم في المالك، أو من يكون منزّلاً منزلة المالك، مضافاً إلى اقتران خيار المجلس في بعض النّصوص بخيار الحيوان، المعبّر عن صاحب الخيار فيه في بعض نصوصها بصاحب الحيوان، وهذا أصدق شاهدٍ على أنّ المراد من «البيّعان» مَنْ بيده زمان البيع عقداً وحلّاً، لا من لا يكون مأذوناً إلّا في

خصوص البيع.

توضيحه: أنّا نعلم أنّ صاحب الحقّ في كلا الخيارين موضوع واحد، وقد عبّر عنه في بعض الأخبار بصاحب الحيوان، وهذا وإنْ كان مقتضى الجمود علىٰ ظاهره نفي الخيار عن غير المالك، إلّا أنّ اطلاقه علىٰ من بيده اختيار الحيوان شائعٌ، فليس ظهوره بحيثُ يوجب صرف صدر الرّواية عن ظاهرها، خصوصاً بعد اعتضادها بالقرائن المقتضية للتّعميم، بالنّسبة إلى الوليّ والوكيل المطلق.

وهذا بخلاف من لا يكون مأذوناً إلّا في خصوص بيع الحيوان، فانّ اطلاق الصّاحب عليه بعيدٌ.

وممّا يشهد أيضاً على اختصاص الخيار بغير الوكيل في الصّورتين الأوليين، مُصحّحة عُمر بن يزيد:

قال رسول الله ﷺ: «**إذا التّاجران صَدَقا بُورك لهما، فإذا كذبا وخانا لم يُبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا**»[1].

ضرورة عدم صدق التّاجر على القسم الأوّل من الوكيل بل الثّاني أيضاً، وهذا بخلاف الوكيل المستقلّ كالعمّال في البلاد النّائية، مضافاً إلى أنّ الدّعاء الّذي دعا به لهما غير مناسب بالنّسبة إلىٰ موقعي الصّيغة، وكذا الوكيل في خصوص الشّراء أو البيع، لأنّ الدّعاء المذكور هو بملاحظة أثره، لا بملاحظة نفس الإنشاء للنّقل، كما لا يخفىٰ.

ولذا قد يستشكل استعمالها بالنّسبة إلى الوكيل المطلق أيضاً، إلّا أنّه يهوّن الأمر كثرة استعمالها عرفاً في المعاملات الصّادرة عن الوكلاء المستقلّين، ولو مع علمهم بكونه وكيلاً. ولعلّ السرّ فيه استقلاله في الأمر في باديْ النّظر، فهو مُنزّلٌ منزلة من يبيع لنفسه، أو بملاحظة نفس الموكّل، فالتّهنئة راجعةٌ إليه.

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج١٨ باب ١ ص٧.

وكيف كان، فتوجّه الدّعاء إليه صورةً غيرُ مستهجنٍ عرفاً، وعلىٰ هذا فليس ظهوره في إرادة خصوص المالك ممّا يوجب صرف لفظ «التّاجران» عن ظاهره، وعلىٰ هذا فلابدّ امّا من صرف لفظ «التّاجر» عن ظاهره، وحمله علىٰ موقع الصّيغة، أو صرف البيع عن ظاهره، بناءً علىٰ كونه مجازاً في غير مُنشئ النّقل كما هو الظّاهر، ولا شبهة أنّ الثّاني هو المتعيّن في مقام التّرجيح لشيوعه بخلاف الأوّل.

وامّا وجوب الحمل فليس لأجل التّعارض بين الكلامين، لعدم المعارضة في البين، إذ لا نقول بالمفهوم فيهما، بل لما نعلم من الخارج من أنّ المقصود في كليهما شيء واحد، وأنّما الاختلاف في التّعبير.

وامّا القسم الثالث من الوكلاء فالظّاهر انّه لا إشكال في ثبوت الخيار لهم، لصدق «البيّعان» عليهما بلا تأمّل وريب وكذا «التّاجران»، وعدم اقتضاء شيء ممّا ذكرنا من القرائن في القسمين الأوّلين لصرف اللّفظ عن ظاهره كما لا يخفىٰ، إذ العمدة فيهما كون تسلّطهما على الفسخ من دون اذن المالك، منافياً لسلطنة المالك، واقتضاء مناط الحكم ـ أعني الإرفاق بالمالك ـ نفيه بالنّسبة إليهما، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فانّه ممّا يؤكّد سلطنة المالك، لكونه منصوباً من قبله، وقد أعطاه المالك هذا النّحو من السّلطنة، لأنّه جعله بمنزلة نفسه، فكلُّ حكمٍ حمل عليه انّما يتسرّىٰ إلى المالك بسببه، فالخيار المجعول له كأنّه مجعولٌ للمالك كما لا يخفىٰ، هذا حال الوكيل بأقسامه.

وامّا الموكّل: فهل يثبتُ له الخيار أم لا؟ وجوه ثالثها التّفصيل بين ما إذا كان حاضراً في مجلس العقد أو لم يكن، ولعلّ هذا الوجه أوجهها، كما اختاره المصنّف.

وامّا وجه النّفي مطلقاً، فلأجل الإقتصار في الخروج عن ظاهر الرّواية علىٰ القدر المتيقّن الثّابت الّذي يقتضيها القرائن، إذ لفظ «البيّعان» حقيقةٌ في موقع البيع، فالمالك الّذي لا يوقع البيع، بل يكل أمر البيع إلى غيره خارجٌ عن مصداق الرّواية، فالرّواية بعد قيام القرينة علىٰ خروج القسمين الأوّلين عن تحتها لا تدلّ إلّا علىٰ ثبوت الخيار لمن هو متصدٍّ للبيع ومختارٌ في أمره، سواء كان مالكاً أو وليّاً أو وكيلاً،

فالخيارُ أنّما يثبتُ للعاقد المختار، دون العاقد الغير المختار، أو المختار الغير العاقد.

وفيه: ما ذكرنا من أنّ المراد من «البيّعان» هما المالكان، أو من ينوب منابهما، لا العاقد بما هو عاقدٌ، واطلاق البائع على المالك وانْ كان مجازاً، إلّا أنّه شائعٌ جدّاً، بحيثُ يتوهّم كونه حقيقة فيه، وذلك لتقوّم حقيقة البيع بملاحظة الأثر بفعله دون العاقد، ولذا يعدّ العاقد في نظر العرف كالأجنبي، وهو ليس إلّا بمنزلة الآلة له، فحقيقة البيع وان كان صادراً عن الوكيل، إلّا أنّ تأثيره من فعل الموكّل، والملحوظ من العقد أنّما هو أثره، ولذا لا يعبأون بفعل الوكيل ويستندون العقد إلى الموكّل مسامحةً، فهذا مجاز شائعٌ لو لم نقل بكونه راجحاً، فيكفي في صرف اللّفظ عن ظاهره أدنىٰ قرينة، فكيفَ والقرائن الحاليّة والمقاليّة فيما نحن فيه في غاية القوّة، ولا ينافي هذا اطلاقه بهذا المعنىٰ علىٰ الوكيل المستقلّ، لأنّه بمنزلة نفس المالك، واستناد الفعل إليه أنّما هو بملاحظة ظهور الأثر منه، حيثُ أنّه بمنزلة المرآة للمالك، وفعله فعل المالك بالتّسبيب.

وقد ظهر لك ممّا ذكرنا أنّ اطلاق البائع على المالك مجازٌ في الكلمة لا في الاسناد، حتّىٰ يكون لفظ البائع بمعناه الحقيقي أي العاقد، ويكون اسناده إليه باعتبار كونه مسبّباً عن اذنه وامضائه.

وكيف كان، فمقتضىٰ ما ذكرنا ثبوت الخيار للموكّل في الجملة، ولو لم يكن عاقداً، وامّا ثبوته له مطلقاً، ولو لم يكن حاضراً في المجلس، فينفيه اعتبار الاجتماع للبيع المستفاد من جعل الافتراق غايةً للخيار.

ودعوىٰ: أولويّته من وكيله المستقلّ الثّابت له الخيار بظاهر النصّ، مراعاةً لحقّ المالك، فنفسه أولىٰ بهذا الحكم.

ممنوعةٌ: لاحتمال مدخليّة نفس الاجتماع في الحكم، كما يشعر به جعل الافتراق غاية له، وعلىٰ هذا، فأوجه الوجوه ثالثها.

اللّهم إلّا أن يقال، بعد تسليم صدق «البيّعان» عليهما يمكن استناد المجلس،

وكذا الاجتماع والافتراق إليهما بنحو من المسامحة، وتنزيل الوكيلين منزلتهما لكونهما بمنزلة الجسد لهما فيثبتُ لهما الخيار ما دام وكيلهما حينئذٍ مجتمعين وينقضي بافتراقهما، وعلىٰ هذا فلا داعي لصرف الكلام عن ظاهره الّذي يقتضي عموم ثبوت الخيار.

وفيه: انّ إضافة المجلس إليهما وإن كان غير منكر عرفاً بنحو من الاعتبار، فيقال انّه مجلس عقدهما، إلّا أنّه لا يلازم صحّة نسبة الاجتماع والافتراق إلى نفسهما، كما هو ظاهر القضيّة.

ودعوىٰ: تنزيل الوكيلين منزلة نفسهما فيكون من قبيل الاستعارة علىٰ مذهب السكّاكي، أو تعميم الافتراق بحيثُ يشمل اجتماع الوكيلين، مضعّفة بأنّه لا شاهد لهما، مع أنّها في حدّ ذاتها مسامحة بعيدة لا تساعد عليها اطلاقات العرف، وادّعاء اقتضاء القرائن النّاهضة لصرف البيع عن ظاهره لذلك، غيرُ مسموعٍ بعدما نراجع وجداننا ولا نرىٰ لهذا المعنىٰ انسباقاً في أذهاننا أبداً، مع أنّ القرائن مركوزة فيها، وهذا بخلاف اطلاق البائع علىٰ من لا يتحقّق أثر البيع إلّا بفعله، فانّه كثيراً ما ينسبق إلى الذّهن حال اطلاق البائع، لاحتفافه غالباً بالقرائن الحاليّة، ولذا نقول بالحنث فيما لو حلف أنْ لا يبيع داره وباعها وكيله.

وكيف كان، فالظّاهر عدم الخيار للمالكين، إلّا إذا كانا حاضرين في المجلس، وينبغي أن يقيّد الحضور بما إذا كان لأجل البيع لا مطلقاً ولو كان اتّفاقياً، لأنّ ظاهر قوله عليه السلام «إذا افترقا» أي افترقا عن حالة اجتماعهما البيعي، ولا يلزم ممّا ذكرنا ارتكاب خلاف الظّاهر في لفظ «البيّعان»، لأنّ ظهور الافتراق في معناه الحقيقي مقدّمٌ علىٰ ظهور «البيّعان» في إفادة العموم، لصيرورته من قيود الكلام الّذي يقيّد به الموضوع، إذ لا ظهور له قبل تماميّة الكلام، وبعد ملاحظة القيد لم يظهر إلّا في المقيّد، فظهور القيد حاكمٌ علىٰ ظهور المقيّد الّذي لا يكون إلّا ظهوراً بدويّاً، فافهم.

وقد ظهر لك أنّ الأقوىٰ ثبوت الخيار للمالكين، إذا كانا حاضرين في المجلس، وكذا الوكيلين المستقلّين، فحكمهما حكم المالكين، بمعنىٰ أنّه لو كانا هما العاقدين

فالخيار لهما أيضاً، ولو وكّلا ثالثاً فلهما الخيار بشرط الحضور، وفي الثّالث أيضاً يُراعىٰ الاستقلال وعدمه، وهكذا.

إذا عرفت ذلك، عَلِمتَ أنّه يمكن أن يثبت في عقد واحدٍ خيارٌ لأشخاص متعدّدة في طرف واحد وفي الطّرفين، وعلىٰ هذا فهل يسقط ذلك الخيار رأساً بالنّسبة إلىٰ جميع الأشخاص الواقعة في طرف واحدٍ باسقاط بعضٍ، بأن يقول «أسقطتُ الخيار» أو نحوه، كما أنّه ينفسخ بانفساخه أم لا يسقط إلّا بالنّسبة إلىٰ نفسه، لأنّه حقٌّ قائم بمتعدّدٍ، فلا يسقط باسقاط البعض، فللآخر الأخذ بالخيار وفسخ العقد؟، وجهان:

أقواهما الأوّل، لكونه حقّاً واحداً، وقيامه بأشخاص متعدّدة ليس علىٰ سبيل التّوارث بحيثُ يكون كلّ منهما ذا حقّ في عَرض الآخر، فالخيار أوّلاً وبالذّات قائمٌ بالموكّل، وثبوته للوكيل باعتبار تنزّله منزلة الموكّل، فإذا أسقط الوكيل خياره فقد أسقط خيار الموكّل نيابةً، وليس له من حيثُ نفسه خيارٌ حتّىٰ يبقىٰ خيار الموكّل بحاله كما لا يخفىٰ.

وهل يسقط الخيار بتفرّق بعض دون بعض، أم لا يسقط إلّا بالنّسبة إلى المتفرّق دون الباقي، فلو بقي من كلّ من الطّرفين واحدٌ فلهما الخيار؟، وجهان:

أوجههما الثّاني، إذ بعد تسليم صدق البائع على الباقي لا يرتفع خياره إلّا بتفرّق نفسه، ولا يؤثّر في سقوط خياره ذهاب موكّله أو وكيله، إذ كما لا يؤثّر حضور الغير في ثبوت الخيار بالنّسبة إلى الشّخص الباقي نفياً وإثباتاً، كذلك لا يؤثّر ذهابه في استمرار الخيار بالنّسبة إليه، فحاله بالنّسبة إليه من هذه الجهة إلّا كحال شخص أجنبيّ.

ولا يقاس هذا بالفرع السّابق، أعني مسألة ما لو أسقط بعضهم خيار الفسخ، ضرورة أنّ الأخذ بالخيار، أو اسقاط الخيار في عقد واحد أمرٌ بسيط وحدانيّ وقد كان كلّ من الموكّل والوكيل قادراً على إيجاده كسائر التّصرفات المتعلّقة بمتعلّق

الوكالة، وبعد تصرّف كلّ منهما في المتعلّق لم يبق موضوعٌ لتصرّف الآخر.

وهذا بخلاف ما نحن فيه، فانّ المفروض فيه جواز تصرّف كلّ منهما في الحقّ الخياري، وبعد تفرّق كلّ منهما يتحقّق غاية الاختيار بالنّسبة إليه، وامّا بالنّسبة إلى الآخر فلا.

اللّهم إلّا أن يدلّ تفرّقه علىٰ رضائه بالعقد ولزومه، وقلنا بكفايته في لزوم العقد، فعلىٰ هذا يكون تفرّق كلّ منهما بمنزلة الإسقاط، ولكنّه بعد تسليم المقدّمات لا يضرّ هذا لما نحن في مقام بيانه، أعني عدم سقوط خيار البعض بتفرّق الآخر مِنْ حيثُ صدق الافتراق، وامّا سقوطها من جهة أُخرى فلبيانها مقام آخر، سنتعرّض إنْ شاء الله له.



[في المستثنيات عن خيار المجلس]

قوله﵁: «وقد يستثنىٰ بعض أشخاص المبيع من عموم [ثبوت] هذا الخيار، منها من ينعتق على أحد المتبايعين»(١).

أقول: تحقيق المسألة يتوقّف علىٰ رسم مقدّمات:

الأُولىٰ: أنّه قد تقرّر في محلّه أنّ الأخذ بالخيار انّما يؤثّر الفسخ من حينه لا من أصله، فلا يكون دليله حاكماً على الأدلّة الدالّة علىٰ نفوذ التصرّفات السّابقة ومضيّها شرعاً.

الثانية: أنّ متعلّق الخيار انّما هو عقد البيع لا نفس المبيع، حتّىٰ يقال إنّ لكلّ منهما حقّاً فيما انتقل إلى الآخر، فله الأخذ بحقّه، أعني السّلطنة على إرجاعه إلى الملكيّة أينما وجدت العين، سواء كانت العين باقية علىٰ ملك الآخر أو منتقلة إلىٰ ثالثٍ ما لم يعلم زوال الحقّ بأحد المسقطات، وهذا بخلاف ما لو كان متعلّقه نفس العقد، فانّ معنى الخيار حينئذٍ أنّ له حلّ العقد وإزالة أثره، والدّليل عليه قوله﵇

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢١٨ سطر ٦.

«**البيّعان بالخيار**»[1] ونظائره، لظهورها انّهما بالخيار في البيع لا في المبيع.

الثّالثة: أنّه لا معنى لتعلّق الخيار بالعقد إلّا بملاحظة آثاره، ضرورة عدم صلاحيّة نفس العقد من حيثُ هي للارتفاع، إذ لا ينفكّ الشّيء عمّا وقع عليه، فمعنىٰ فسخه رفع اليد عن آثاره، وتنزيل العقد منزلة العدم، امّا في أصله أو في زمان الفسخ علىٰ نحو ما قرّره الشّارع.

الرّابعة: أنّ العقد الصّادر عن أهله في محلّه سببٌ تامّ لحصول الملكيّة، من دون توقّفه على انقضاء زمان الخيار، كما تقرّر في محلّه.

إذا عرفت هذه المقدّمات، علمتَ أنّ متعلّق الخيار لا يكون إلّا العقد المؤثّر، لما ذكرنا من أنّ الفسخ عبارة عن رفع اليد عن أثر العقد، ومعلومٌ أنّ ثبوت الخيار فرع صلاحيّة المحلّ، بمعنىٰ أنّ قدرته على الفسخ فرع إمكان الفسخ، وقد مرّ أنّ الفسخ لا يعقل إلّا بعد حصول الأثر في الجملة، فرتبة الخيار متأخّرة عن الأثر لكونه مأخوذاً في موضوعه، وقد ذكرنا في المقدّمة الرّابعة أنّ الملكيّة من آثار نفس العقد من دون توقّفه علىٰ شيء آخر، فالفسخ عبارة عن رفع اليد عن الملكيّة، فرتبة إمكانه متأخّرة عن الملكيّة، والخيار من لوازم إمكان الفسخ، فرتبته أيضاً كذلك، والانعتاق القهري أيضاً من آثار الملك في عرض الخيار، بمعنى أنّ كلّاً منهما لا يتحقّق إلّا بعد تحقّق الملكيّة آنّاً ما، فالأخذ بالخيار لا محالة يقع بعد الانعتاق، لأنّ الملكيّة التقديريّة في المقام لا تصلح إلّا لذلك، فالأخذ بالخيار المتعقّب رتبةً عن نفس الخيار المساوي للانعتاق في الرّتبة ـ مع أنّه يحتاج إلىٰ زمان في الجملة ـ لا يعقل تحقّقها في الخارج إلّا بعد العتق، فيقعُ لغواً بالنّسبة إلى نفس المبيع، لا لأنّ الحُرَّ لا يعود رقّاً، بل لكون الحريّة من آثار الملكيّة المتحقّقة قبل الأخذ بالخيار، فصار حين تحقّقها بمنزلة التّالف في عدم كونه مِلْكاً للمشتري، فليس له مِلْكٌ فعلاً حتّىٰ يكون

١ ـ وسائل الشيعة: ج١٨ باب ١ ص٥.

من آثار عقده، ويرجع البائع إليه بعد الفسخ، فلو فرضنا وقوع العتق متزلزلاً في الشّريعة، لما صحّ لنا الالتزام بالتّزلزل في المقام لأجل أدلّة الخيار، إذ ليس لزوم العتق منافياً لإطلاق أدلّة الخيار، لما ذكرنا من أنّ معنى الخيار رفع الآثار الثّابتة للعقد حال الأخذ بالخيار، ومعلوم أنّ الحرّية ليست من آثار العقد، وأنّما أثره الملكيّة السّابقة وقد زالت.

ولا تتوهّم: أنّ مقتضىٰ كلامنا توقّف تحقّق الخيار علىٰ ثبوت الملكيّة آناً ما، وعدم معقوليّته بدون ذلك، حتّىٰ ينتقض بمقالة من قال بعدم تحقّق الملكيّة إلّا بعد انقضاء زمان الخيار، إذ لا ندّعي إلّا توقّف تحقّق الخيار على أثره لا لخصوص الملكيّة، إلّا أنّ الأثر الحاصل علىٰ مختارنا لا ينفكّ عن الملكيّة كما ذكرنا في المقدّمة الأخيرة.

وهذا بخلاف مذهب القائل، فانّه يزعم أنّ الأثر الحاصل بالعقد أنّما هو شأنيّة الملك، وصيرورة المبيع في عرضة مال الغير، فله في زمان الخيار حَلّ هذه العُلقة والشأنيّة وصيرورته بمنزلة الأجنبي عن الآخر، فافهم وتأمّل.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لا يلزم علىٰ ما ذكرنا ـ من عدم اقتضاء أدلّة الخيار ـ استرداد عين المبيع في المقام وورود التّخصيص علىٰ تلك الأدلّة.

ثمّ أنّا لو قلنا بشمول الأدلّة لكلّ عقدٍ ـ فيكون مفادها أنّ المتبايعين بالخيار في كلّ عقدٍ من عقود البيع إلى زمان المفارقة، من غير فرق بين وجود كلّ من العوضين وعدمه، كما هو ظاهر الأدلّة ـ لا محيص عن القول بوجوب دفع القيمة فيما نحن فيه، بل في كلّ مقام انتقل المبيع بعقدٍ لازم ـ كما في التّالف ـ لصيرورته بمنزلة التّالف، بعد فرض عدم تأثير الفسخ إلّا من حين الفسخ، ولا أثر له بالنّسبة إلى التصرّفات السّابقة، سواء تعلّقت بالعين أو بالمنافع لا حقيقة ولا حكماً.

لا يقال: إنّه لا أثر للعقد بعد التّلف حتّىٰ يتمشّىٰ فيه الخيار، وقد ذكرت أنّ معنى الخيار السّلطنة على إبطال العقد بالنّسبة إلى الآثار الموجودة، وليس بعد تلف

العوضين أو أحدهما للعقد بالنّسبة إلىٰ من تلف ما في يده أثرٌ موجودٌ، فلا يشمله أدلّة الخيار، لا لقصور في تلك الأدلّة، بل لعدم قابليّة المحلّ، فلا يلزم ذلك تخصيصها فيها، بل هي النّسبة إليها متخصّصة كما ذكرت في نفس العين، إذا خرجت عن ملك البائع أو المشتري.

لأنّا نقول: ليس أثر العقد منحصراً في الملكيّة الفعليّة بحيثُ يرتفع أثره بزوالها، بل لها آثار اُخر مثل أن يكون تلفه في ملكه وان يكون مضموناً بالضّمان المعيّن في العقد، فللتّالف بهذه الملاحظات نحو وجود واعتبار من أجلها يتّصف ـ ولو بعد التّلف ـ بالعوضيّة والمعوضيّة، فلمن بيده الخيار أنْ يرفع هذه الآثار ويفسخ العقد وبعد الفسخ يرتفع التّضمين والتضمّن الناشئ عن العقد، ويتبدّل الضّمان الخاص بالضّمان المطلق الذي تقتضيه القواعد من المثل أو القيمة، فيعدُّ التّلف بعد الفسخ من ملك مالكه الأوّل. وعلى الثاني ضمانها، لا لقاعدة اليد أو الاتلاف، بل لنفس أدلّة الخيار.

وممّا ذكرنا تبيّن أنّه لو انتقلت العين قبل الفسخ بعقدٍ جائز يجبُ الاسترداد ودفعها إلى الفاسخ، ضرورة أنّ دفع المثل أو القيمة، أنّما كان لأجل التعذّر عن ردّ نفس العين وأقربيّتهما إلى التّالف، وبعد التمكّن من ردّ نفس العين لا وجه للانتقال إلى المثل أو القيمة، فتأمّل.

قوله: «لأنّ شرائه اتلاف له...»[١].

أقول: وهذا الوجه لا يخلو عن نظر، إذ لا ملازمة بين أن يكون الرّضا الحاصل بعد البيع والتروّي المستكشف بأدنىٰ تصرّف مسقطاً للخيار، وبين أن يكون الإقدام في التصرّف بنفس البيع أيضاً مسقطاً، والأولوية ممنوعة، بل المساواة

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢١٨ سطر ١٣.

أيضاً كذلك، إذ لا رضا في الفرض زائداً على الرضا بالمعاملة الّتي من آثارها انعتاق المبيع، وهذا بخلاف الرّضا المتحقّق بعد البيع المستكشف بالتصرّف، فانّه رضا زائد على الرّضا بالبيع حاصلٌ بعد التأمّل والتروّي فلا يقاس أحدهما بالآخر.

* * *

[في مسقطات خيار المجلس]

قوله﵀: «وقد يتخيّل معارضته لعموم أدلّة الخيار...»[1].

أقول: هذه الأدلّة أعني أدلّة الشّروط بمدلولها الّلفظي تدلّ علىٰ عدم صلاحيّتها للمعارضة لشيء من الأدلّة، لاشتمالها على أشياء ما خالف الكتاب والسنّة، وما هو موجب لتحليل الحرام وتحريم الحلال، فلو سُلّم في موردٍ اندراجه تحت عموم الكتاب والسنّة أو اطلاقهما، كيف يصحُّ اندراجه تحت عموم وجوب الوفاء بالشّرط مع أنّه داخل في المستثنىٰ لا المستثنىٰ منه، فالمتعيّن في مثل المقام، امّا الالتزام بشمول أدلّة الخيار، وكون أدلّة وجوب الوفاء بالشّروط بالنّسبة إليها متحقّقة، أو منع الشّمول رأساً، بدعوىٰ كونها مسوقةً لبيان حكم ذات الشّيء من حيثُ هي، لا ما إذا كانت مشروطة بشيء، كما أشار إليه المصنّف، فهي بهذا الاعتبار لا حكم لها إلّا وجوب العمل بما يقتضيه الشّرط المستفاد من أدلّة الشروط.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٢٠ سطر ٢.

قولهﷺ: «ونحوه في الضّعف التمسّك بعموم «أوفوا بالعقود»[١].

أقول: بعد تسليم عدم شمول أدلّة الخيار لها بعد طروّ عنوان الاشتراط، لا مانع من اندراجه تحت العموم كما لا يخفىٰ.

ويمكن أن يقرّر المطلب بتقريب آخر بأن يقال إنّ أدلّة الخيار أنّما هي منصرفة إلى البيوع الّتي لم يتحقّق الرّضا فيها إلّا بنفس البيع، وامّا إذا اشتمل علىٰ رضا آخر، أعني الالتزام بلزوم البيع، فلا فيشمله أدلّة اللّزوم.

والفرق بين هذا وسابقه، منع الشّمول بالنّسبة إليه رأساً، فلا مقتضي فيه للخيار أبداً لا ذاتاً ولا عرضاً، وهذا بخلاف الفرض الأوّل، فانّ إطلاق الدّليل يشمله ذاتاً، إلّا أنّه طرء عليه عنوانٌ ثانويّ صار سبباً لتبدّل حكمه، كما في الغنم المغصوب، فانّه حلالٌ ذاتاً وحرام بالعرض.

وعلىٰ هذا يمكن المناقشة في الاستدلال بعموم «**أوفوا بالعقود**» على التّقدير الأوّل، لطروّ التّخصيص عليها بالنّسبة إليه.

ودعوىٰ عمومه الأحوالي بحيثُ يكون بعد الاشتراط فرداً آخر ممنوعة، ولعلّه لذا أعرض سيّد مشايخنا ـ دام ظلّه ـ عن الاستدلال بها علىٰ هذا التقدير، فافهم وتأمّل.

قوله: «الثّاني أن يشترط عدم الفسخ...»[٢].

أقول: وفيما قوّاه نظر، بل الأقوىٰ هو الوجه الثّاني، أعني نفوذ الفسخ، ضرورة أنّ المشروط في هذه الصّورة أنّما هو ترك الفعل لا رفع الخيار، وإلّا لاتّحد مع الصّورة الأُولىٰ، وحينئذٍ نقول إنّ اشتراط ترك الفعل لا يقتضي إلّا حرمة الفعل لا نفي أثره، كما لو حلف أنْ لا يبيع داره، فلو باع يتحقّق البيع ويحنث، وليس حال

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٢٠ سطر ٤.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٢٠ سطر ٣١.

وجوب الوفاء بالشّرط إلّا كحال وجوب الوفاء بالحلف، فكما أنّ الحلف في المثال لا يقتضي رفع سببيّة البيع، كذلك فيما نحن فيه.

قوله: «فهو بنفسه ليس من متعلّقات الكلام العقدي...»[١].

أقول: ما ذكره لا يخلو عن نظر، لأنّ التّباني المتحقّق بينهما سابقاً قرينة على كون الإنشاء مقيّداً، ولا فرق بعد التباني بين أن يقول «بعتك على الشّرط»، أو يقول «بعتك» من غير تقييد، لأنّ البناء السّابق موجبٌ لصرف المطلق إلى المقيّد.

نعم، غاية ما يمكن أن يقال إنّ البناء السّابق ليس إلّا بمنزلة الوعد، والمتحقّق حال العقد ليس إلّا قصد الاشتراط، ومعلوم أنّ إرادة الاشتراط ليست إنشاء الشّرط، والّذي يجبُ الوفاء أنّما هو نفس الشّرط الّذي لا يتحقّق الّا بالإنشاء لا إرادته.

وفيه: أنّ إنشاء الشّرط في ضمن العقد ليس إلّا إنشاء العقد مقيّداً، لا أنّه إنشاءٌ مستقلّ مغايرٌ لإنشاء العقد، وقد ذكرنا أنّ العقد بعد التباني ظاهرٌ في إرادة المقيّد، فيكون الشّرط الضّمني بمنزلة المحذوف النحوي في كونه مقصوداً أو مستفاداً من القرائن، فافهم وتأمّل.

قوله: «وقد مرّ أنّ الأقرب في الشّرط أيضاً كونه كذلك...»[٢].

أقول: وقد مرّ ما فيه.

قوله: «ولعلّه لفحوىٰ سلطنة النّاس على أموالهم»[٣].

أقول: قد يناقش في الفحوىٰ بعدم جواز مثل هذا التصرّف في الأصل، فكيف

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٢١ سطر ١٩.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٢١ سطر ٢٦.

٣ ـ كتاب المكاسب: ٢٢١ سطر ٢٨.

في الفرع، لأنّ الإسقاط في الحقوق بمنزلة الإعراض في الأموال، وهو في الأموال غير مسلّمٍ، فليكن الحقوق أيضاً كذلك.

وفيها: أنّ المستفاد منها انّهم مسلّطون على الحقوق مطلقاً، كما أنّهم مسلّطون على الأموال مطلقاً.

وامّا مسألة الأعراض بناءً علىٰ عدم جوازه، فليس من جهة قصور سلطنته، بل هو لعدم قابليّة المحلّ، حيثُ أنّ قطع عُلقة المالك ليس تصرّفاً في المال، بل المال باقٍ علىٰ ما كان، إلّا أنّه بنفسه اعتزل عن المال وارتفعت سلطنته، فهو في الحقيقة متصرّفٌ في سلطنته لا في المال، والدّليل أنّما دلّ على إطلاق سلطنته على المال لا على السّلطنة، وهذا بخلاف الحقّ، فانّ اسقاطه تصرّف فيه كابراء الدّين، فافهم.

قوله: «وإن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك...»[1].

أقول: بعد تسليم ظهور الرّواية فيما ذُكر، أنّه ينبغي رفع اليد عنها بمقتضى إطلاقاتها الواردة في غير واحد من الأخبار، المقتصرة فيها بجعل الغاية مجرّد الافتراق، مع كونها في مقام البيان.

ودعوىٰ: أنّ المقيّد منها، بقرينة هذه الرّواية، قابلة للمنع، بل هذه الرّواية بنفسها غيرُ صالحةٍ للتّقييد، لضعف ظهورها في إرادة معنىً آخر زائد علىٰ ما يستفاد من صدرها، حتّىٰ يصلح لأن يكون مقيّداً لها، بل لا يبعد بقرينة التّفريع وذكرها بعد الفراغ عن القضيّة الأُولىٰ، دعوىٰ كونها مفهوماً للقضيّة السّابقة، فالرّواية الخالية عنها والمشتملة عليها سيّان في الإفادة.

إن قلت: إنّ مقتضىٰ ما ذكرتَ اعتبار الرّضا مطلقاً، مع قطع النّظر عن هذه الرّواية أيضاً.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٢٢ سطر ١٠.

قلتُ: نعم، ولكن فرقٌ بين أن تكون هذه الرّواية مقيّدة لها، وبين أن لا تكون كذلك، إذ على التّقدير الأوّل يعتبر الرّضا الفعلي زائداً على نفس الافتراق، فيكون الافتراق بمنزلة جزء السّبب، وهذا بخلاف الثّاني، حيثُ أنّه علىٰ هذا التّقدير يكون قوله‌عليه‌السلام «بعد الرّضا» مسوقٌ لبيان أمرٍ واقعي مركوز في أذهان العقلاء، يدور عليه حركتهم إلى التفرّق، فكأنّه قال‌عليه‌السلام بعد أن كانا مختارين في الفسخ، فلم يفسخا، وافترق كلّ منهما عن الآخر، فلا خيار لهما بعد ذلك، وكأنّي أرىٰ هذه الرّواية وأمثالها تجري علىٰ طريقة العقلاء وتقرير لهم في سلوكهم، لأنّا نراهم لو اجتمعوا على إتمام أمرٍ، وأُخذ ميثاق، لا يعدّون من التّغييرات السّانحة والتبدّلات المتجدّدة نقضاً عندهم ما داموا في المجلس، فكأنّ البناء عندهم ما داموا في المجلس متزلزلٌ، وبعد المفارقة تنعقد المعاهدة ويثبت الأمر، فالافتراق عندهم مع قطع النّظر عن الشّرع سببٌ للزوم الوفاء بمعاهدتهم، وهو كاشفٌ نوعاً عن رضائهم بما فعلوا، إذ لو لم يكونوا راضين لنكثوا ما داموا باقين في المجلس، فعلىٰ هذا ما ورد من الشّارع من أنّهما بالخيار ما لم يفترقا، فهو تقرير لطريقتهم.

فالمهمّ علىٰ هذا هو تشخيص ما عليه طريقتهم، من أنّ نفس الافتراق من حيثُ هو سبب لّلزوم، أو هي إذا تعقّب الرّضاء بالبيع قبل الافتراق.

فنقول: إنّه متىٰ انقضى المجلس، ولم يفسخ واحدٌ منهما وافترقا، لتحقّق سبب الّلزوم من غير توقّف على الرّضا الفعلي، إلّا انّه قد عرفت أنّ ذلك كاشفٌ عن الرّضا بالمعاهدة نوعاً، فعلىٰ هذا السّبب الشّرعي أيضاً هو الافتراق الكاشف نوعاً عن الرّضا بالعقد، ويمكن ان يقرّر اعتبار الرّضا بتقرير آخر، ولعلّه أسدّ وأتقن وهو أنّ الغالب المتعارف عند العقلاء كون الافتراق الحاصل بعد المعاهدة متعقّباً بالرّضا بها، فاطلاق الغاية الواردة في بعض الرّوايات منزّلٌ عليه، كما أنّ التّقييد في بعضها الآخر أيضاً كذلك.

ويؤيّد ذلك: ما استظهرنا من الرّواية المقيّدة من كون القضيّة مفهوماً للقضيّة

الأُولىٰ، لا أنّه كلام مستقلّ، ويتفرّع علىٰ ما ذكرنا ما ذهب إليه المشهور من سقوط الخيار مع التمكّن من التّخاير، إذ لا فرق في الافتراق الحاصل عن كُرهٍ أو إجبار، بل وكذلك الاضطرار، مع التمكّن حال حدوثه، ومن إبطال العقد في كشفه عن الرّضا.

هذا، ولكنّ الإنصاف أنّه لا يبعد دعوىٰ كون الافتراق عن المجلس في حدّ ذاته سبباً تامّاً عند العقلاء في مضيّ أمرهم، من دون توقّف علىٰ كونه اختيار، وعلىٰ هذا فلابدّ على القول باعتبار الرّضا، امّا من دعوىٰ انصراف الأدلّة إلى الافتراق الحاصل عقيب الرّضا بالبيع، لكونه هو الفرد الشّائع المتعارف، أو من دعوىٰ ظهور الرّواية المقيّدة في ذلك. وقد عرفت أنّه لا يتمّ مذهب المشهور، أعني عدم سقوط الخيار، لو أُكره على التفرّق ومنع عن التّخاير، وعدم سقوطه لو لم يمنع عن التّخاير.

ولو أغمض عن ذلك وقيل بأنّ الافتراق سببٌ تام لسقوط الخيار، كما هو مقتضىٰ ظاهر بعض الرّوايات، للزم أن يقال ببقاء الخيار مطلقاً لو اكره أو اضطرّ إلى المفارقة، بمقتضىٰ حديث الرّفع، اللّهم إلّا أن يمنع شموله لمثل المقام، وقيل باختصاصه برفع المؤاخذة والعقاب، ولكنّه قد تقرّر أنّ الأظهر دلالته على رفع الآثار المقتضية لثبوت كلفة وثقل على المكلّف، من الالتزامات وغيرها. فعلىٰ هذا يعمّ ما نحن فيه، كما في الطّلاق والعتاق وصدقة ما لا يملك، هذا إذا قلنا بعدم اعتبار كون الافتراق بعد الرّضا.

وامّا لو لم نقل بذلك ـ كما أنّه لا يبعد ـ فالحكم كما عليه المشهور، ولا يجوز التمسّك حينئذٍ بحديث الرّفع، إلّا إذا منع عن التّخاير أيضاً، لكون الافتراق حينئذٍ جزء السّبب وحديث الرّفع لا يشمله، لأنّ أثر الجزء بما هو جزءٌ ليس بحيثُ يوجب ثقلاً والتزاماً على المكلّف حتّىٰ ترفعه الرّواية، وأنّما الأثر الافتراق المقيّد، والمفروض أنّه لم يقع المجموع مكرهاً عليه، ولو قيل بشمول الرّواية حينئذٍ أيضاً للزم الالتزام بلغويّة بيع المكره رأساً، وعدم صلاحيّته بعد لحوق الرّضا للتأثير، وقد قرّرنا فيما سبق خلافه.

ثُمّ لا يخفىٰ عليك أنّ ما نفينا البعد عنه من اعتبار الرّضا بالبيع، أنّما هو الرّضا النّوعي المنكشف بالإفتراق الحاصل عقيب ترك الفسخ في حال الاختيار، وامّا اعتبار الرّضاء الفعلي فلا يُساعد عليه شيءٌ من الأدلّة، فافهم وتأمّل.

***

[في مسقطات خيار الحيوان]

قوله: «ففي صحيحة ابن رئاب «فإنْ أحدَثَ المشتري فيما اشترىٰ حدثاً...»[1].

أقول: لفظ «الحدث» وإن كان بحسب اللّغة، يطلق على كلّ تصرّف، إلّا أنّ هذه القضيّة أعني قوله عليه السلام «**فإن أحدَثَ حدثاً**»[2]، وكذا نظائرها أنّما تنصرف عرفاً إلى التصرّفات الّتي يكون وصف الحدث فيها من أظهر أوصافها، لا كلّما يصدر منه ولو كان من الأفعال الضروريّة، وعلىٰ هذا فالمتبادر من احداث الحدث فيما نحن فيه، أنّما هي التصرّفات التي تصدر من الملّاك في أملاكهم بملاحظة كونه مِلْكاً لهم، بحيثُ يكون صدورها من المشتري تصرّفاً ظاهراً متجدّداً مستحدثاً، كافعال الدّابة وأخذ حافرها، وتقبيل الجارية ووطئها، وغيرها من التّصرفات الظّاهرة في وصف الحدوث، وهذا بخلاف سقي الدّابة والجارية واطعامها، وأمرها بالإسقاء واغلاق

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٢٦ سطر ١.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج١٨ باب ٤ ص١٣.

الباب، من التصرّفات الّتي لا تُعدُّ تصرّفاً عرفاً، فضلاً عن صدق احداث الحدث، ولا يبعد دعوىٰ عدم انفكاك القسم الأوّل من التصرّفات غالباً عن الرّضا بمضمون العقد، والالتزام بثبوت أثره في الخارج، فيكون هذا النّحو من التصرّفات لو خُلّي وطبعه كاشفاً نوعاً عن الرّضا بثبوت أثر العقد، ثم أنّ ظاهر قولهﷺ في ذيل الرّواية «**فذلك رضىً منه**»، الرّضا باستقرار المِلْك، وثبوت أثر العقد، أعني الالتزام ببقاء الأثر، وإلّا فالرّضا بنفس البيع قد كان حاصلاً قبل التصرّف أيضاً من أوّل زمان صدور البيع، فالمراد بالرّضا انّما هو رضاً زائد علىٰ ما يتوقّف عليه تأثير البيع، وليس ذلك إلّا الرّضا ببقاء الأمر مستقرّاً.

ثُمّ لا يخفىٰ أنّه على هذا أيضاً، لا يمكن إبقاء المحلّ علىٰ ظاهره، ضرورة مغايرتها في الوجود، لأنّ الرّضا أمرٌ قلبي والتصرّف فعل خارجي، فلابدّ حينئذٍ إمّا من حَمل قولهﷺ «**فذلك رضىً منه**» علىٰ كونه بحكم الرّضا تعبّداً، وهذا هو الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة الّتي يذكرها المصنّف فيما بعد، ولكنّه ظهر لك ممّا قرّرنا في معنىٰ قولهﷺ «**فإن أحدث حدثاً**» أنّه لا يلزم علىٰ هذا الفرض الالتزام بأنّ كلّ تصرّف مسقط، بل المسقط انّما هو التصرّفات الخاصّة الظّاهرة منها وصف الحدوث، ولا ضير في الالتزام به.

نعم، يلزم علىٰ هذا الالتزام بسقوط الخيار بمطلق الرّضا القلبي بالزام العقد أيضاً، وهذا وإنْ كان ممّا يدلّ عليه رواية عبدالله بن الحسن، إلّا أنّ الالتزام به لا يخلو عن صعوبة، وكيف كان، فالمتّبع هو الدّليل.

والفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني من الوجوه الأربعة، بعد اشتراكهما في كون احداث الحدث مُسقطاً للخيار مطلقاً تعبّداً، هو أنّ المعنى الثّاني مشتملٌ علىٰ بيان حكمة الحكم دون الأوّل، فيكون حمل الرّضا على التصرّف لا لكون التصرّف بحكم الرّضا، بل لأجل كونه امارةً عليه ومرآةً له، فأطلق الشّارع الحكم على المرآة للمناسبة بينه وبين المرئي، فلا يلزم علىٰ هذا التقدير أن يكون للمرئي أيضاً حكم

المرآة، ضرورة أنّ الثّابت بالرّواية أنّما هو أخذ الطّريق موضوعاً للحكم، وهذا لا يقتضي إثبات الحكم لذي الطّريقُ مُعرّاةً عن الطريق كما لا يخفىٰ.

نعم، لا يبعدُ على هذا الوجه تسرية الحكم إلى كلّ كاشفٍ نوعيّ وإن لم يكن تصرّفاً، بدعوىٰ ظهوره في كون التصرّف الكاشف مُسقطاً، مِنْ حيثُ كونه كاشفاً، فالعلّة حقيقة أنّما هو بأنّه يستكشف عن الرّضا لا نفس الرّضا، إذ المفروض كونه حكمة للحكم لا علّة له.

وامّا الوجه الثّالث: فالعلّة أنّما هو الرّضا المستكشف لا الكاشف عنه، كما يظهر من تنظيره بمباحث الألفاظ. فيفارق الوجهين السّابقين فيما لو انكشف الحال وتبيّن مخالفة الطّريق عن الواقع، فمقتضىٰ هذا الوجه بقاء الخيار، بخلاف الوجهين السّابقين، إذ المناط في الثّاني منهما نفس التصرّف نفياً وإثباتاً، وفي الأوّل أيضاً كذلك إثباتاً، وامّا نفياً فلا، لما تبيّن دلالتها علىٰ كون نفس الرّضاء أيضاً مسقطاً علىٰ هذا التقدير بالفحوىٰ، فالتصرّف بنفسه أحدُ الأسباب مستقلاًّ. غاية الأمر أنّ سببيّته من جهة كونهُ منزّلاً منزلة الرّضا تعبّداً.

وامّا الفرق بين هذا الوجه والوجه الرّابع ـ بعد اشتراكهما في كون العلّة هو الرّضا ـ لزوم احراز العلّة بالعلم على الوجه الأخير للحكم بالسّقوط، بخلاف هذا الوجه فانّه يكفي فيه عدم العلم بالخلاف بعد قيام الطّريق النّوعي عليه.

وممّا ذكرنا تبيّن أنّ الرّضا في كلا الوجهين فعليٌّ، إلّا أنّ الطّريق المعتبر بالنّسبة إلى احرازه في الأوّل منهما نوعيٌّ والآخر شخصيٌّ، فتسمية الرّضا بالنّوعي مسامحة.

ويمكن أن يكون المراد من الوجه الثّالث، كون العلّة هو الرّضا المستكشف بالطّريق المنصوب، بحيثُ يكون كلٌّ منهما جزءٌ للعلّة.

وعلىٰ هذا يتّضح الفرق بينه وبين الوجه الرّابع، ولو قيل بجواز احرازه بالطّريق المنصوب أيضاً، حيثُ أنّ العلّة في الرّابع نفس الرّضا بنفسه، وفي سابقه هو جزء العلّة، فعلىٰ هذا يكون المعنى الثّالث أخصّ مورداً من غيره، كما لا يخفىٰ.

[خيار الشرط]

قوله ﷺ: «**لأنّه صَرّح بعدم دخوله في الوكالة والجُعالة والقراض والعارية والوديعة، لأنّ الخيار لكلّ منهما دائماً فلا معنىٰ لدخول خيار الشّرط فيه**»[1].

أقول: ولقائل أن يقول لا امتناع في اجتماع أسباب متعدّدة لثبوت الخيار بالنّسبة إلىٰ عقدٍ واحد، مثل خيار المجلس والشّرط والعيب وغيرها، فالأحسن في المقام أن يقال إنّ الخيار علىٰ ما قرّرنا حقٌّ مالي يوجبُ سلطنة صاحبه على التصرّف في متعلّقه بمقدار اقتضائه، فكأنّه مرتبةٌ ضعيفةٌ مِن المِلْك، وهذا المعنىٰ لا يعقل في مثل هذه العقود، ضرورة أنّ الموكّل مسلّطٌ على التصرّف في متعلّق الوكالة بأنحاء التصرّفات، وكذا صاحب الوديعة والعارية، وكذا ذو المال في القراض. ومن البيّن عدم تعقّل احداث سلطنة ضعيفة بالشّرط بالنّسبة إلىٰ هذه المعاملات، الّتي لم يخرج متعلّقها عن قبضة اقتداره بوجه من الوجوه، وكذا في الطرف الآخر، أعني الوكيل والمستعير والمستودع، لأنّهم مسلّطون على أنفسهم بالاعتزال عن الأمر

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٣ سطر ١.

الحاصل له بسبب العقد، فلا يؤثّر بالنّسبة إليهم الخيار أيضاً شيئاً، بل لا يعقل تأثيره بالتّقريب المتقدّم.

هذا، ولكن لا يخفىٰ أنّ هذا التّقرير انّما يتمشّىٰ في مثل هذه العقود المذكورة، وامّا في مثل الهبة الجائزة والعقود الجائزة بالعرض فلا، وسيجيء تحقيق الكلام فيها في محلّه إن شاء الله.

قوله: «فالأولىٰ الاستدلال عليه، مضافاً إلى إمكان منع صدق الشّرط وانصرافه، خصوصاً علىٰ ما تقدّم عن «القاموس» بعدم مشروعيّة الفسخ في الإيقاعات...»(١).

أقول: كلّ مورد ثبت عدم مشروعيّة الفسخ فيه بالإجماع وغيره، بحيثُ يستفاد منه أنّ اللّزوم من الأحكام الشرعيّة المجعولة لهذا العقد، ولو بعد طروّ عنوان الاشتراط، فلا إشكال في فساد الشّرط، لاستلزامه تحليل الحرام المُستثنىٰ عن عموم وجوب الوفاء بالشّرط، امّا لو لم يثبت ذلك، فللنّظر فيما ذكره ﴿ مجالٌ، إذ لا مخصّص لعموم دليل وجوب الوفاء إلّا عنوان كونه مُحلّلاً للحرام أو مُحرّماً للحلال، ومن المعلوم أنّ الشكّ في صحّة الشرط وفساده علىٰ هذا التّقدير انّما يتسبّب عن الشكّ في كون المشروط بعنوان كونه مشروطاً منهيّاً عنه في الشّريعة أم لا، فاذا نفينا النّهي بالأصل، يجبُ الوفاء بالشّرط، لعموم المقتضي وارتفاع المانع.

وبتقرير آخر: أنّ منشأ الشكّ في المقام أنّه هل جعل الشّارع للمشروط بوصف كونه مشروطاً حكماً مخالفاً لما تقتضيه قضيّة الاشتراط أم لا؟

فاذا قلنا الأصل عدم جعلٍ كذائي يثبتُ المطلوب.

ولا تتوهّم: أنّه لا يوجبُ ذلك الحكم بصحّة الشّرط، إذ لا يثبتُ به كونه

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٣ سطر ١٢.

مشروعاً، إذ ليس للمستثنىٰ منه عنوانٌ حتّىٰ يحتاج إلى إثباته، بل المانع عن صحّة الشّرط انّما هو كونه مخالفاً للكتاب والسنّة، فاذا ارتفع المانع بالأصل، ولم يكن المقتضي معلّقاً علىٰ عنوان الخاص في موضوع الأدلّة يؤثّر مقتضاه، وما ذكرنا من إحراز الموضوع بالأصل هو الموافق لما سيذكره المصنّف في مبحث التكلّم عن الشّرط، فكلامه في هذا المقام منافٍ لما سيذكره فيما بعد، فلاحظ وتأمّل.

قوله: «وبالجملة فالشّرط لا يَجعلُ غير السّبب الشّرعي سبباً»[1].

أقـول: لا يخفىٰ أنّ الفسخ بنظر العرف، ليس إلّا رفع اليد عن مقتضىٰ العقد السّابق بملاحظة أثره.

وبعبارة أُخرىٰ: فسخ العقد عبارةٌ عن حَلّه، فاذا التزمه أحدٌ علىٰ نفسه بشرطٍ وقال الشّارع «أوفِ بشرطك» يجبُ عليه إيجاده، بمقتضىٰ شرطه بعد امضاء الشارع إيّاه. نعم، لو توقّف إيجاد الفسخ عرفاً أو شرعاً علىٰ سبب خاصّ، كأن كان باللّفظ العربي أو غيره، لا يدلّ وجوب الوفاء بالشّرط علىٰ نفيه، كما أنّه لو التزم أنْ يوجده بدون ذلك السّبب يفسد، لكونه مخالفاً للمشروع، كما لو شرط بيع شيء، فانّ الشّرط لا يقتضي إلّا وجوب البيع، وامّا تحقّقه بدون الصّيغة العربيّة فلا، بل لو اشترط عدمه لا ينفذ لو ثبت اعتباره شرعاً.

وكيف كان، فلا إشكال في تحقّق الفسخ ونفوذه بعد شرط الخيار والأخذ به، لو لم يعلم مخالفته للمشروع، ولكنّه يجب عليه إيجاد الفسخ بما هو سببٌ للفسخ شرعاً، لو ثبت فيه اعتبار سببٍ خاص، وامّا لو لم يعتبر فيه سببُ خاصّ، فيكفي في الوفاء بالشّرط مجرّد ترتيب آثار حلّ العقد.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٣ سطر ١٦.

قوله: «ومنه يظهر عدم جريانه في المعاطات»[١].

أقول: استظهر منه ﷺ ما ينافي هذا البناء، وكيف كان، فالأقوىٰ جريانه فيها، إذ لا فرق في الإنشاء والقول من حيثُ إمكان تقييده في نفس الأمر بشرط، ومن المعلوم أنّ الفعل من حيثُ هو فعلٌ ليس معاملة، وأنّما هو من حيثُ استكشاف التمليك والتملّك به كالقول، فكما في القول يمكن أن يكون كاشفاً عن الإنشاء المقيّد، كذا الفعلُ أيضاً. غاية الأمر أنّه يحتاج في الفعل إلى نصب قرينةٍ، كالتصريح قبله ـ علىٰ ما ذكرنا فيما سبق من صحّة الاشتراط ـ كذلك في نفوذه ـ كما سيختاره المصنّف ﷺ أيضاً ـ أو أنّه يصرّح حال الفعل، وما ذكره مانعاً لا يصلح للمانعيّة بعد البناء علىٰ كاشفيّة الفعل كالقول، فافهم.



---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٤ سطر ٩.

[في خيار الغبن]

قوله: «**ويضعّف بمنع كون الوصف المذكور عنواناً...**»[1].

أقول وفيه: مضافاً إلىٰ ما ذكره المصنّف، أنّه لو تمّ الدّليل المذكور لأَقتضى البطلان من رأس، بمعنىٰ عدم كون ما وقع سبباً تامّاً في حصول الملكيّة كعقد الفضولي، ضرورة اشتراط العقد في التأثير بالتّراضي، فحينئذٍ نقول إنْ كانَ التّراضي المعتبر في صحّة التّجارة وتأثيرها متحقّقاً قبل ظهور الغبن، فلا وجه لما ذكره، وإن لم يكن فلا وجه للخيار. غاية الأمر أنّه يصير بمنزلة الفضولي والمُكْرَه في أنّ له الرّضا بالعقد السّابق حتّىٰ يتمّ تأثيره والردّ، ومعلومٌ أنّه لو ردّه لا يؤثّر في شيء أبداً، وهذا غير ما هم بصدده، من إثبات الخيار الّذي مقتضاه البطلان، من حيثُ الفسخ لا عن أصله، والدّليل المذكور لو تمّ لأَقتضىٰ عدم انعقاد أصل المعاملة من رأس، وهذا واضح.

وبما ذكرنا اتّضح أنّه لا ينبغي أنْ يتوهّم أنّه من قبيل تعدّد المطلوب، بمعنى أنّه

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٤ سطر ٢٨.

راضٍ بنفس المعاملة من حيثُ هي، وبوصف كونه مساوياً لكذا، فبزوال أحدهما لا يرتفع الآخر، ضرورة أنّه لو كان الرّضا المفروض كافياً في صحّة التّجارة، فلا وجه بعدُ للتّقريب المتقدّم، وإنْ لم يكن كافياً فيعود المحذور.

ودعوىٰ: أنّ الظّاهر من حال المشتري رضائيّته بلزوم التّجارة علىٰ تقدير المساواة، وكونه مختاراً في الفسخ علىٰ تقدير عدم المساواة، فيكون بمنزلة الشّرط في ضمن العقد، في كون رضائه مقيّداً يكذبها الوجدان، مع معارضته لظهور حال البائع في أنّه يقصد بيعه علىٰ كلّ تقدير، ولا يكون منشأً للتّجارة المقيّدة حتّىٰ يقع قبول المشتري عليها، فهذا أيضاً يقتضي البطلان في الفرض لا الخيار كما لايخفىٰ.

قوله: «لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالىٰ ﴿إلّا أنْ تَكُونَ تِجارةً عَنْ تَراضٍ﴾»[1] [2].

أقول: مقتضى الظّاهر تحكيم ظهورها علىٰ ظهوره، لكونه مستثنىً منها، فلا يعارضها، هذا إن جعلنا الاستثناء متّصلاً فممّا لا إشكال فيه، وامّا لو جعلناه منقطعاً ففيه تأمّل.

وممّا يعيّن تعلّق النّهي بالأكل بالأسباب الباطلة دون نفس الأكل الباطل، كونه بدخول كلمة ما واستثناء التّجارة عنها الّتي هي سببٌ غير باطل.

ولايخفىٰ عليك، أنّه علىٰ هذا يتوجّه الإشكال علىٰ ما التزمه المصنّف من الصحّة قبل ظهور الغبن للإجماع، والفساد بعد ظهوره، وعدم امضاء المغبون بعموم الآية، لما تقرّر في محلّه من عدم جواز التمسّك بعموم العام بعد طروّ التّخصيص بالنتسبة إلى الأفراد المخصّصة في حال الشكّ، بل المرجع انّما هو استصحاب حكم المخصّص، فتأمّل.

---

١ ـ سورة النساء: آية ٢٩.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٤، سطر ٣٣.

قوله: «إلّا أنْ يقال»[١].

أقول: ظاهره أنّهﷺ في مقام بيان رفع التّعارض بين الآيتين، إلّا أنّ ما ذكرهﷺ تقرير للتّعارض بعبارة أوفىٰ، ولكنّ الظّاهر أنّ كلمة «لا» في قوله «لا يخرُج» زائدة، سهوٌ من قلم النّاسخ، وحينئذٍ يتمّ مقصوده بلا إشكال، هذا ما أفاده الاستاد دام ظلّه.

ولكنّ الّذي يظهر لي صحّة العبارة، وكأنّ المصنّفﷺ نظر إلىٰ عدم استقامة استثناء التّجارة عن مطلق الباطل، ضرورة عدم كون التّجارة عن تراض أكلاً بالباطل، لا أنّه باطلٌ جائزُ الأكل بحكم الشّارع. والظاهر عدم كون الحكم تعبّدياً محضاً، فتصير الآية علىٰ هذا التّقدير بمنزلة الاستدراك، فكأنّه قال ولكن كلوا بالتّجارة عن تراض، فانّه ليس من الباطل في شيء، وبعدما علمنا أنّ الحكم ليس تعبّدياً محضاً، وأنّه مطابقٌ لما يحكم به العقلاء، ويستمرّ عليه طريقة العرف، إذا رأينا مورداً من الموارد أنّه يصدق عليه عرفاً أنّه أكلٌ بالباطل، ولو كان بسبب التّجارة عن تراضٍ، فَعُلم بخروجه عن مورد الآية، لما علمنا مِنْ أنّ المناط في جواز الأكل في التّجارة خروجها عن عنوان الباطل ولو بنظر العرف، كما فيما نحن فيه، فعلىٰ هذا لا تعارض بين الآيتين في المورد.

اللّهم إلّا أن يقال: كما ذكره المصنّف أنّ آية التّجارة تشمل تجارة المغبون في غير صورة الخدع، فيدلّ على لزومها، ويتمّ القول في غيرها بعدم القول بالفصل، فيتحقّق التّعارض بين الآيتين كما قرّرناه، فافهم.

قوله: «فالمتيقّن من ثبوت الخيار له...»[٢].

أقول: يتوجّه علىٰ ما ذكره المقرّر في محلّه، أنّ دليل نفي الضّرر كدليل نفي

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٤ سطر ٣٤.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٥ سطر ١٦.

الحرج، لا يدلّ إلّا علىٰ رفع الحكم الّذي تسبّب الضّرر عنه، ففيما نحن فيه ليس الضّرر الحاصل مسبباً عن تمليك البيع ولا تملّك الثّمن أبداً، وأنّما الضّرر مسبّبٌ عن لزوم العقد، وعدم قدرة المغبون على إبطال المعاملة، فدليل نفي الضّرر يدلّ علىٰ رفع هذا الحكم، وامّا إمكان رفع الضّرر بأشياء أُخر، لا يوجبُ عدم دلالة الرّواية علىٰ نفي هذا الحكم الّذي هو بنفسه سببٌ للضّرر أوّلاً وبالذّات، ونظير ذلك ما في حديث المرارة حيثُ أنّ الإمام عليه السلام استدلّ فيها برفع الحرج علىٰ نفي المباشرة فافهم وتأمّل.

***

[في مسقطات خيار الغبن]

قوله: «وامّا اسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن، فالظّاهر أيضاً جوازه...»[1].

أقول: إنْ قلنا أنّه تتحقّق بتحقّق الخيار مرتبة من الحقّ للمغبون قابلة للإسقاط، كما قد ظهر منّا تقويته فيما سبق، فلما ذكره المصنّف ﷺ وجهٌ، وإنْ كان أيضاً لا يخلو عن مناقشة، حيثُ أنّ السّاقط هو هذا الحقّ الضّعيف، وسقوط الخيار فيما بعد من آثاره لا نفس الخيار الّذي لم يتحقّق بعد.

وامّا لو بنينا علىٰ أنّه لا يحدث بسببه حقٌّ فعليٌّ أبداً، وأنّما هو سببٌ محضٌ لتحقّق الحقّ فيما بعد، فلا وجه لما ذكره، حيثُ أنّ حالته بعد العقد ليس إلّا كحالته قبله، وكونه مغبوناً في الواقع لم يؤثّر في شيء أبداً قبل العلم، وأنّما يؤثّر بعد العلم علىٰ ما هو المفروض، فكما أنّه لا يجوز إسقاطه قبل العقد، فكذا لا يجوز بعدما لم يتحقّق الحقّ، فهذا أشبه شيء بضمان ما لم يجب، والقصاص قبل الجناية، وامّا تنظيره بابراء

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٨ سطر ٢٣.

المالك الودعيّ أنّما يناسبُ لو قيل بجواز الإسقاط حتّىٰ قبل التّلف، كما انّه لا يجوز الإسقاط بعد التّلف قبل العلم به أو بعده، مع إنكار كون الضّمان، أعني كون الودعي متعهّداً بالمال، في حدّ ذاته حقّاً ثابتاً للمالك من حين الوديعة. ولا يخفىٰ أنّ كلّاً من المقدّمتين قابلة للمنع.

نعم، ما ذكره من الأمثلة انّما يناسب الحكم بجواز الإسقاط قبل العلم، لو التزمنا بثبوته من حين العقد، وهذا هو المصحّح للإسقاط معلّقاً، حيثُ أنّ مرجعه إلى إسقاط الحقّ علىٰ تقدير الثبوت في الواقع، كطلاق مشكوك الزوجيّة، وعتق مشكوك الرقيّة، وامّا علىٰ ما هو المفروض من كون ظهور الغبن شرطاً شرعيّاً، فلا يكون الإسقاط من هذا القبيل قطعاً، بل بمنزلة طلاق ما يحتمل أن تصير زوجة فيما بعد، كما لا يخفىٰ.

وامّا خيار العيب الذي هو أيضاً أحد النظائر فالكلام فيه بعينه هو الكلام في المقام.

هذا، ولكنّ الخطب أسهل، بناء على ما ظهر منّا تقويته، من أنّه تحدث بحدوث السّبب أيضاً مرتبة من الحقّ للمغبون أضعف من الحقّ الّذي يستحقّ في زمان فعليّة الخيار، بدعوىٰ أنّ شأنيّة الخيار الحاصلة بالغبن الواقعي أيضاً له نحو اعتبارٍ وتحقّقٍ واقعي في نظر العقلاء، كما هو الشأن في كثير من المقامات، بعد تحقّق سبّب الملكيّة المتوقّف فعليّتها علىٰ حصول شرطٍ، خصوصاً في مثل هذا الشّرط، كما لا يخفىٰ.

قولهﷺ: «**فانّه كما لا يجري مع الأقدام عليه، فكذلك لا يجري مع الرّضا به بعده...**»[١].

أقول: وجه عدم جريان دليل نفي الضّرر في صورة الإقدام وكذا الرّضا، هو

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٩ سطر ١٠.

أنّ غاية ما يدلّ عليه دليل نفي الضّرر، أنّه لا يترتّب على الإلزام بالأحكام الشرعيّة نفياً وإثباتاً ضررٌ على المكلّف، بمعنى أنّ الضّرر المسبّب عن الحكم الشّرعي مرتفعٌ في الشّريعة. ومن المعلوم أنّ الضّرر المترتّب في الصّورتين ليس ناشئاً عن حكم الشّارع باللّزوم، بل هو ناشٍ عن اختيار التضرّر، فليس هذا إلّا كالحكم بلزوم الهبة أو غيرها من العقود، ومن المعلوم أنّ دليل نفي الضّرر لا يرفع اللّزوم عن مثل هذه الموارد.

قوله: «الثّالث: تصرّف المغبون بأحد التصرّفات المُسقطة للخيارات المتقدّمة...»[1].

أقول: صحّة الإسقاط فيما نحن فيه مبنيٌّ على استفادة كون الخيار حقّاً للمغبون من أدلّته كما هو الظّاهر، ولكنّه لو بنينا على انحصار مدركه في حديث نفي الضّرر، لأمكن الخدشة في كونه حقّاً، بدعوىٰ عدم دلالته على أزيد من جواز استرداد العين، وامّا إثبات الحقّ فلا، فيكون من أحكامه الشرعيّة جواز الاسترداد كالهبة الجائزة، وبهذا يرتفع الضّرر كما لا يخفىٰ فتأمّل.

قولهﷺ: **«والعلّة المستفادة من النصّ في خيار الحيوان...»**[2].

أقول: استفادة العلّية من الرّوايات مبنيٌّ علىٰ استظهار كونها تقريراً، لما هو المركوز في أذهان العقلاء والعرف، من أنّهم ما لم يلتزموا بالعقد، ولم يرضوا به لا يتصرّفون في المبيع تصرّفاً يصدق عليه أنّه أحدث فيه حدثاً، وهذا المعنى أظهر الاحتمالات الّتي تقدّمت في الرّواية، فيستفاد من الرّواية أنّ كلّ تصرّف يكون

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٩ سطر ٧.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٣٩ سطر ٩.

كاشفاً نوعاً عن الرّضا مسقطٌ للخيار، كما هو المقرّر عند العقلاء، ولذا تـراهـم لا يقبلون المبيع لو ردّ عليهم المشتري بـعد إحـداث حـدثٍ فـيه، ويـعتذرون عـن الاسترداد بقولهم إنْ كنت بانياً على الردّ لِمَ فعلت كـذا، فـبذلك يسـتكشف كـون التصرّف عندهم مانعاً من الرّد، فلا يصدر منهم إلّا بعد البناء علىٰ عدمه، وهذا هو الّذي أشرنا إليه فيما تقدّم، من أنّ الرّضا المستكشف في المقام مغايرٌ للرّضا بأصـل البيع، إذ هو كان حاصلاً من زمان صدور العقد قبل التصرّف أيضاً، بل هذا عبارةٌ عن الالتزام بالعقد.

ثمّ إن قلنا: بأنّ نفس الالتزام بمضمون العقد في الحقيقة راجعٌ إلى إسقاط حقّ الخيار معنىً، فلا إشكال في نفوذه وسقوط الخيار، ويدلّ عـليه ـ مـضافاً إلى مـا يستفاد من الرّوايات السّابقة ـ عموم سلطنة النّاس على أموالهم، وكذا لا إشكال أيضاً في ارتفاع الخيار، لو قلنا بأنّه لا معنى للخيار إلّا قدرته وسلطنته علىٰ ردّ العقد وامضائه، أعني الالتزام بالعقد، بمعنىٰ جعل الالتزام طرفاً للتّخيير، إذ يكون حال الالتزام علىٰ هذا التّقدير كحال الرّد، فكما أنّه يرتفع بالردّ كذا يرتفع بالالتزام، ولا يؤثّر بقاء الموضوع، أعني العقد علىٰ تقدير الالتزام دون الردّ في بقاء الخـيار بـعد جعله طرفاً للتّخيير، حيثُ أنّ اللّزوم نشأ عن اختياره فلا خيار بعده.

وامّا إنْ قلنا بأنّ التّخيير أنّما هو بين الردّ وعدم الردّ، لا بـين الالتزام والردّ، فيشكل التعدّي عن مورد الأخبار، والحكم بأنّ الالتزام بالعقد مسقطٌ للخيار مطلقاً في كلّ مقام، إذ هو علىٰ هذا التّقدير حكمٌ تعبّدي يقتصرُ علىٰ مقدار دلالة الدّليل، وهو مطلق خيار الحيوان بعد إلقاء خصوصيّة المورد، وامّا تعميم الحكم بالنّسبة إلىٰ غير خيار الحيوان فلا، إلّا أن يُدّعىٰ أنّ الالتزام إسقاطٌ للحقّ عرفاً، وتنزّل الرّواية عليه لكون التصرّف التزاماً، ولا بُعد فيه فتأمّل.

ثمّ أنّ إطلاق القول بكون التصرّف مسقطاً للخيار بعد العلم بـالغبن، بحـيثُ يشمل صورة الجهل بالحكم، خصوصاً إذا لم يكن الجهل مستنداً إلىٰ تقصير المكلّف،

لا يخلو عن إشكالٍ، لعدم دلالته على الرّضا بالبيع الّذي هو مناط الحكم بالسّقوط، ولا وجه لاخراجه عن مورد عموم نفي الضّرر، فهو كما يدلّ علىٰ ثبوت الخيار قبل التصرّف، كذا يدلّ عليه بعد التصرّف أيضاً.

ودعوىٰ كون الضّرر مسبّباً عن جهله بالحكم، لا عن حكم الشّارع باللّزوم بعد التصرّف، فهو مستندٌ إلى نفسه لا إلى حكم الشّارع، والحديث لا ينفيه ممنوعة، ولو سلّمت فهي بالنّسبة إلى المقصّر، وامّا القاصر فلا، وإنْ سُلّم استناده إلى جهله أيضاً.

نعم، يمكن أن يقال إنّ كون التصرّف التزاماً بالبيع أمرٌ مركوز في أذهان العقلاء، والجاهل بالخيار لمّا يأس عن التوصّل إلى ما به يتدارك ضرره، لجهله بالحكم، وزعمه لزوم العقد، أقدم على التصرّف، والتزم بالبيع، فالالتزام حاصل وإن كان مسبّباً عن اعتقاد فاسد فتأمّل.

قوله: «وهذا هو الأقوىٰ»[1].

أقول: قد تأمّل العلّامة الاستاذ دام ظلّه في قوّته، بل ظهر منه تقوية الوجه الأوّل، أعني كون العقد الثّاني متزلزلاً من رأس، كما سيجيء إن شاء الله.

قوله: «وامّا مع عدمه، وتملّك المغبون للبدل، فلا دليل علىٰ وجوب تحصيل العين»[2].

أقول: وظنّي أنّ هذا هو الّذي قرّره عليه سيّد مشايخنا دام ظلّه. ولا يخفىٰ أنّ هذا انّما يتمّ لو لم نقل بوقوعه متزلزلاً من رأس، وإلّا فلا حاجة إلى فسخٍ مغاير للفسخ الصّادر عن المغبون، إذ بفسخه ينفسخ الثّاني قهراً، كما لا يخفىٰ.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٠ سطر ١٧.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٠ سطر ٢٣.

هذا، والّذي يظهر لي قوّة القول بلزوم تحصيل العين في الصّورة المفروضة، إذ الانتقال إلى البدل إنّما هو لأجل التعذّر، وقد ذكرنا أنّه ينتقل في باب الضمانات عند تعذّر العين إلىٰ ما هو أقرب إليها، وفرّعنا عليه وجوب دفع المثل في المثلي، وقلنا بأنّ الانتقال إلى القيمة مرتبةٌ متأخّرةٌ عن هذه المرتبة، إنّما ينتقل إليها بعد تعذّر المثل، كما هو الشّأن في القيميات، وقد مرّ تفصيله في قاعدة ما يضمن بصحيحه، فراجع، ومعلوم أنّه لا شيء أقرب من تضمّن العين إليها، فيجبُ تحصيلها من باب المقدّمة ودفعها إلى المغبون فتأمّل.

قوله: «ومنه ما لو وجد العين مستأجرة، فانّ على الفاسخ الصّبر إلى أن تنقضي مدّة الإجارة»[١].

أقول: هذا هو الذي تقتضيه القاعدة الّتي ذكرنا، من تبعيّة المنفعة الدائمة للمِلْك المطلق، ضرورة سببيّته لأكل أموال النّاس وفتح باب الأكل بالباطل، حيثُ أنّ المشتري بالبيع الشّرطي يستوفي منافع خمسين سنة بالإجارة، ثمّ يردّ العين مسلوبة المنفعة إلى البائع، ولو قلنا بجواز الاستيفاء والردّ مطلقاً، من دون فرق بين أن يكون المستوفي للمنفعة هو ذو الخيار أو الطّرف الآخر، فيصيرُ الأمر أشنع، مع أنّ المركوز في أذهان أهل العرف والمتشرّعة بل العقل استنكار هذا المطلب، بل لو ألقي على أحد من أهل المتشرّعة مثل هذا المطلب لكان عنده من الغرابة بمكان.

اللّهم إلّا أن يقال، هذا انّما هو بالنّظر إلى الخيار المحرز بناء المتعاقدين فيها، وأنّ مقصودهم من اشتراط الخيار إرجاعها، بحيثُ ينتفع بها، فيكون التباني بمنزلة الاشتراط الضمني، ولا كلام فيه حينئذٍ، وأنّما الكلام في الخالي عن الشّرط كما في الخيارات القهريّة بهذه المنزلة من الاستبشاع محلّ تأمّل، فتأمّل.

وهذا الّذي ذكرنا وانْ كان مجرّد استبعادٍ لا يُرفع اليد بسببها عن الدّلالة

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٠ سطر ٢٩.

المعتبرة، إلّا أنّ وجوددليل معتبر في مثل المقام، بحيثُ تطمئن به النّفس ـ ولا يضرّه مثل هذه الموهنات ـ قلّ ما يوجد في أمثال المقام، فاللّازم في مثل المقام، امّا الالتزام بكون ملكيّة المنفعة أيضاً كملكيّة العين متزلزلة كما تخيّله بعض، وامّا الالتزام باجراء دليل نفي الضّرر، والحكم بوجوب تدارك منفعة زمان بعد الفسخ، أو بدعوى قضيّة حكم العرف بردّ المنفعة بعد الفسخ، وتنزيل أدلّة الخيار عليها، فيكون حكم العرف الفارق بين استيفاء منفعة زمان بعد الفسخ، وبين فوات بعض أوصاف البيع، ولعلّ هذا الأخير لا يخلو عن وجه، كما أنّه لو قيل بعموم نفي الضّرر بحيثُ يشمل المورد أيضاً له وجهٌ، ولعلّ الأوجه منه الأوّل، أعني تزلزل المنفعة بتقريب أن يقال إنّ ملاك كون المنفعة بالاستقلال يقابل بها الّثمن، أنّما هو لأجل افرازها بنظر العرف واعتبارها كالموجود بنحو من الاعتبار، وإنْ كان لا يتقوّم ببقاء المال على الملكيّة، بل يصحّحه ملكيّته آناًما، ولكن نقول، هذا إذا كانت الملكيّة مستقرّة، وامّا لو كانت الملكيّة متزلزلة، فلا يعقل فيه هذا المعنى إلّا علىٰ نحو التّزلزل، وسرّه أنّ هذا الملك الانتزاعي انّما انتزع المعتبر عن تحقّقها الخارجي المتقوّم بالعين التّابع له في الوجود، وجَعَل هذا الوجود الانتزاعي مناطاً للحكم ومنشأ للأثر، فيكون بمنزلة المعاني الحرفيّة الغير المستقلّة إذا لاحظها العقل بعنوان إجمالي مستقلّ برأسه مرآةً لتلك المعاني، فيحكم عليها بحكمٍ مِنْ حيثُ كونها عنواناً ومرآةً للمعنون، ومن المعلوم انّه لا يعقل تغاير العنوان والمعنون ذاتاً، وأنّما التّغاير بينهما بالاستقلال وعدمه، فكذا فيما نحن فيه، فاذا كانت ملكيّة المتبوع متزلزلة، كيف يُعقل أنْ تكون ملكيّة التّابع الّذي لا وجود تبعيّاً غيرُ متزلزل، وإذا لم يكن للتّابع إلّا هذا النّحو، لا يعقل أن يغايره متبوعٌ منه في الماهية، لما عرفت من أنّ العنوان لابدّ وأن يتّحد مع المعنون فلاحظ وتأمّل، فانّه لا يخلو عن دقّة.

ولأجل ما ذكر تردّد شيخ مشايخنا في المسألة، بل لعلّه مال إلى لزوم التّدارك، أو انفساخ الإجارة، وفاقاً للمحقّق القمّي، ولعلّه ستتضح المسألة فيما بعد إنْ شاء الله.

قوله: «فالظّاهر ثبوت الشّركة بنسبة تلك الزّيادة...»[١].

أقول: وجهه أنّ للأثر الباقي بعد الانتقال نحو وجودٍ واعتبارٍ في نظر العرف، يزداد لأجله الثّمن، فهو وإنْ كان لا يقابل في حدّ ذاته بالثّمن، إلّا أنّه موجبٌ لازدياد ثمن المتّصف به، وبعد صدق كون هذا الوصف للـمُحْدِث، وأنّ له في متعلّقه حقّاً بسبب علمه فعلاً، فكلّما زاد من الثّمن لأجل حقّه فهو له، وهذا بخلاف ما لم يكن فيها أثر فعلاً يوجبُ زيادة الثّمن، فاستحقاقه من الثّمن ليس من حيثُ احترام عمله، بل إنّما هو لأجل ثبوت الحقّ فعلاً.

وامّا التمسّك باحترام عمل المسلم في حدّ ذاته، مع قطع النّظر عن اقتضاء الأثر الثّابت لذلك، فقد تأمّل فيه سيّد مشايخنا، نظراً إلى أنّ ما كان بنفسه لا يكون مضموناً علىٰ غيره، فلا يكون محترماً على الغير، إذ الاحترام إنّما يكون لو كان العمل للغير لا لأجل نفسه، فعلىٰ هذا لو نوقش في اقتضاء الأثر الباقي لذلك بمقايسته علىٰ صورة التّلف، وإنْ كان في غير محلّها، ينبغي أنْ يلتزم بعدم الاستحقاق، كما لو لم يبق لعلمه أثرٌ يوجب زيادة القيمة.

ويمكن أن يقال: انّه بعد بقاء أثر العمل، وانتقاله إلى الغير، فكأنّ العمل بنفسه باقٍ، وكأنّه يقع لذلك الغير، بحيثُ لو لم يترتّب عليه استحقاق شيء، يصدقُ عليه عرفاً أنّ المتّخذ بالعين قد ضَيّع عمله وأبطله، فيصحُّ التمسّك بدليل الإحترام لنفيه، فتأمّل.

قوله: «ولو كانت الزّيادة عيناً محضاً كالغرس...»[٢].

أقول: الاحتمالات المتصوّرة في المقام تسلّط المغبون على القلع بلا أرش، أو مع الأرش، أو ابقائه على الأرض مع الأُجرة، أو عدمها بعد منعه عن القلع، أو تسلّط

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٠ سطر ٣٥.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٧٦ سطر ٢٨.

الغابن على القلع دون الإبقاء مع أرش الطّم، أو بلا ارش، أو تسلّطه على الإبقاء أيضاً بلا أُجرة، أو مع الأُجرة أو تسلّط كلّ منهما علىٰ تخليص ماله وتدارك ما يتضرّر به الآخر، أو من دون تدارك وإنْ تضرّر به مَنْ تَضرّر.

امّا وجه تسلّط المغبون مطلقاً بلا أرشٍ، فلكونه مسلّطاً على ملكه، وعدم جريان نفي الضّرر الذي هو المنشأ لاحترام مال الغابن، بعد اقدامه على الغرس في المِلْك المتزلزل المعرض للزّوال.

وامّا سلطنته على ابقائه مع الأُجرة، ومنعه على القلع فلأستلزام القلع تصرّفاً في ملكه، وهو مسلّط على منعه.

وامّا الأُجرة، فلتفويت المنفعة عليه، فهو كمن شَغِل مِلْك الغير بما منعه، بحيثُ لا يمكن له تخليص الملك، امّا مطلقاً أو في زمانٍ له أُجرة عادةً، وهذا لا يخفىٰ ما فيه.

وامّا سلطنته علىٰ منعه عن القلع والإبقاء بلا أُجرة، فهذا الاحتمال وإنْ كان في حدّ ذاته أيضاً ضعيفاً، إلّا أنّه أقوىٰ من سابقه.

وامّا وجه سلطنته على المنع، فلما عرفت، ووجه عدم استحقاقه للأُجرة فلأنّ للمشتري الأِمتناع منها، حيثُ انّها ملكه وهو مسلّطٌ عليها، وله أن يقول امّا اِبقه بلا أُجرة أو اِقلعه.

وامّا وجه سلطنته على القلع مع الأرش، فلمنع اقتضاء التّزلزل نفي الاحترام، وأنّ السّلطنة على ماله لا يقتضي أزيد من تسلّطه على القلع.

وامّا نفي الأرش المنافي لإحترام مال المسلم فلا، فمقتضى دليل نفي الضّرر استحقاقه للأرش، وسيجيء مزيدُ توضيح لذلك.

وامّا وجه استحقاق الغابن الإبقاء بلاً أُجرة، فبدعوىٰ كونه بمنزلة إجارة العين في استيفاء منفعة العين من حين الغرس، وأنّه غرسٌ وقع بحقّ، فكأنّه استوفىٰ من حين الغرس منفعة الأرض ما دامت مشمولة بهذا الغرس، وهذا المقدار من النّقص ورد على العين قبل الفسخ، لا تنتقل إلى المغبون، إلّا العين المسلوبة منفعتها بالنّسبة

إلىٰ هذه المنفعة الخاصّة، ويتفرّع عليه جواز القلع بلا أرش طمّ الأرض.

وامّا سلطنته على الإبقاء مع الأُجرة، فبدعوىٰ عدم اقتضاء الوضع بالحقّ حقّاً أزيد من هذا المقدار، ولعلّ هذا الوجه أوجه من سابقه.

وامّا وجه سلطنة كلّ منهما علىٰ تخليص ملكه مع الأرش، فلما ذكره المصنّف ﷺ.

وامّا بلا ارشٍ، فلأقتضاء كمال السّلطنة لذلك.

هذا مُلخّص وجه الاحتمالات في المقام، وامّا تحقيقها بحيثُ يتبيّن الصّحيح من السقيم فيحتاج إلى تأمّل تامّ.

والّذي ينبغي **أن يقال**: إنّه لا وجه للإلتزام بارتفاع احترام مال الغارس، بعد فرض كون الأرض مِلْكاً له حال الغرس.

وامّا ما توهّمه: الخصم من كونه مُقصّراً ومُقْدِماً على التضرّر بغرسه في مِلْكٍ متزلزلٍ، فلا تشمله أدلّة نفي الضّرر.

ففيه: أنّ الغرس المتزلزل لا يُعدُّ تقصيراً عرفاً، حتّىٰ يوجبُ ارتفاع حرمة ماله، ويكون مُقدماً على التضرّر أبداً، امّا في حال عدم العلم بالغبن وثبوت الخيار فواضحٌ، لكونه غافلاً عن الواقع، ومعقتداً أنّه ملكه الثّابت المستقرّ الّذي ليس لأحد فيها حقٌّ.

وامّا في حال العلم والإلتفات، فلما سَبَق مِنْ أنّ الاقدام علىٰ محتمل الضرريّة برجاء أنْ لا يتضرّر، ليس إقداماً على الضّرر، خصوصاً بعد قوّة احتمال البقاء ولو بعد الفسخ علىٰ نحوٍ من الأنحاء، امّا ببذل الأُجرة، أو باسترضاء المالك، أو باستحقاق البقاء، أو غير ذلك من الاحتمالات.

والحاصل: أنّه لا يُعدُّ هذا الفعل بنظر العقلاء إقداماً على الضّرر، حتّىٰ لا يشمله أدلّة نفي الضّرر، فلا يكون هذا الشّخص مقصّراً في فعله، لا لأجل اتّكاله على احترام ماله شرعاً، وعدم جواز الاضرار عليه، ولو علىٰ تقدير الفسخ، حتّىٰ

يقال إنّ الاحترام أنّما هو في صورة عدم التّقصير، فلا يصحُّ احراز نفي التّقصير بدليل الاحترام، بل لما عرفت من عدم كونه مُقْدِماً على الضّرر عرفاً حتّىٰ لا تشمله الأدلّة.

نعم، يمكن أن يدّعىٰ في صورة قوّة احتمال الفسخ، لمّا كان من المستبعد عند العرف انتقال العين إلى الآخر، وبقاء الشّجر في ملكه دائماً، بمعنىٰ أنّه في مثل هذه الموارد غالباً، امّا ينقله إلىٰ صاحب الدّين، أو ينتقلان إلىٰ ثالث، بمعنىٰ أنّه ليس بعد الانتقال هذا ملكٌ يدوم له دائماً، فهو في حدّ ذاته، لعدم مملوكيّة محلّها في عرضة الانتقال إلى الغير، فعلىٰ هذا لا يبعد دعوىٰ ارتفاع حرمته بالنّسبة إلىٰ خصوصيّته الشخصيّة، لا بالنّسبة إلى قيمتها، فيتفرّع عليها بعد تسليم الدّعوى أنّ للمالك بمقتضى ذلك القلع بعد الأرش، ولا يخفىٰ أنّه لو تمّ انّما هو بالنّسبة إلى الملتفت دون الغافل، فمقتضىٰ دليل نفي الضّرر، عدم جواز القلع بلا أرش مطلقاً، بل ومع الأرش أيضاً، خصوصاً لو لم يعلم بالحال، أو عُدّ مثله ضرراً عرفاً.

وامّا دليل سلطنة المالك علىٰ ملكه، فلا يقتضي ابقائه علىٰ ملك الغير، وإنْ كان مقتضاه تسلّطه علىٰ عدم تبديل ماله بمال آخر، إلّا أنّ سلطنة مالك الأرض علىٰ تخليص ملكه معارضٌ بذلك، بل هو مقدّم عليه وحاكمٌ بالنّسبة إليه، إذ بعد سلطنته علىٰ تخليص ملكه، يجبُ علىٰ من شغلها تفريغه، فيما يترتّب عليه من التّفريغ يجبُ عليه تحمّله من باب المقدّمة.

نعم، لو تضرّر بذلك فهو أمر آخر ينظر إلىٰ جريان دليل نفي الضّرر بالنّسبة إليه، ويحكم علىٰ طبق ما يقتضيه، هذا حال الغابن بملاحظة نفي الضّرر ودليل السّلطنة.

وامّا حال المغبون فنقول إبقائه بلا أُجرة ضرر عليه، ومنافٍ لسلطنته، كما أنّ الإبقاء مع الأُجرة منافٍ لسلطنته.

وامّا كونه ضرراً عليه عرفاً حينئذٍ ففيه تأمّلٌ، وقلعه بلا أرشٍ ضررٌ على

الغارس، وامّا كونه منافياً لسلطنة الغارس، فقد عرفت ما فيه، فتعيّن القلع مع الأرش، وامّا ما يترتّب عليه من تحمّل الأرش، فلا ينفيه دليل نفي الضّرر بالنّسبة إليه، لكونه مُقْدِماً عليه بداعي تخليص ملكه، فهو حينئذٍ كسائر المخارج الّتي تتوقّف عليها التصرّفات كأجرة الطمّ، وليس هذا منافياً لسلطنته أيضاً، إذ السلطنة لا تقتضي إلّا جواز القلع، وامّا كونه بلا مصارف فلا، كما لا يخفىٰ. ولا يقاس هذا بما لو حفر البئر في ملكه وتضرّر الجار بسببه، حيثُ حَكَموا فيه بعدم الضّمان، لظهور الفرق بين المقامين حيثُ أنّ التصرّف فيما نحن فيه متّحدٌ وجوداً مع التصرّف في ملك الغير الّذي يتضرّر به ذلك، فنفس التصرّف في حدّ ذاته إضرارٌ، وهذا بخلاف المثال فانّ التصرّف فيه موجبٌ للضّرر وسببٌ له، ومعلوم أنّ التسبّب ليس بنفسه موجبٌ للضّمان ما لم ينضمَّ إليه عنوانٌ آخر، كما في صورة كون المسبّب أقوىٰ من المباشر، بحيثُ يعدّ المباشر آلةً له ويُستند الفعل إليه حقيقةً عرفاً، ولذا ترى الفقهاء لا يلتزمون بالضّمان فيما لو أحرق النّار في ملكه بمقدار حاجته ويضرّ الجار بها، وامّا لو أجحف فيها وأضرَّ بالجار، فلو التزموا بالضّمان فانّما هو لأجل طروّ عنوان آخر، فراجع في نظائر المسألة، وكيفيّة استدلالهم عليها وتأمّل.

ويمكن الاستدلال لثبوت الأرش بصدق الإتلاف، فيثبتُ أنّ الضّمان على المتلف، وكونه مسلّطاً على القلع ومأذوناً فيه مِنْ قِبل الشّارع، لا يقتضي إلّا نفي حرمته، وامّا نفي الضّمان فلا، كما لو اضطرّ إلى أكل مال الغير لحفظ نفسه فيضمن، فتأمّل.

وكذا الكلام بالنّسبة إلى الغابن، لو أراد تخليص ملكه، فله بمقتضىٰ سلطنته قلع الغَرس، وعليه أرش طَمّ الأرض بمقتضىٰ ما ذكرنا في عكسه، فعلىٰ هذا الأقوىٰ في المسألة ما ذهب إليه المصنّف ﷺ، وعليك بالتأمّل في المقام.

قوله: «وإنْ أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس...»[1].

أقول: طريق معرفة أرش الغرس، بعد فرض عدم استحقاق مالكه للإبقاء، أنْ يُقوّم الشَّجر بوصف كونه مستقرّاً في أرضٍ يستحق صاحبها في كلّ سنة أجرتها، فيكون حاله كحال الأشجار المغروسة في كثير من القرىٰ، حيثُ أنّ صاحبها غالباً مغاير لأرباب الأرض الّتي يغرسها فيها، ويدفع إليها في كلّ سنة أُجـرة الأرض، ومع ذلك يتفاوت قيمتها حال كونها منصوبة، عنها حال كونها مقلوعة، تفاوتاً بيّناً خصوصاً في الأماكن الّتي ليس للشّجر بعد القلع عزّة لكثرة وفور الحطب فيها، ألا ترى أنّهم يبيعون البساتين الواقعة في ملك بقيمة ليس لأشجارها بعد تلفها عُـشر هذه القيمة.

قوله: «فاذا فَسَخ غَرُم قيمته يوم التلف أو يوم الفسخ»[2].

أقول: لا وجه لاعتبار قيمته يوم التّلف بعد فرض وقوعه في ملكه، إذ الفسخ لا يؤثّر إلّا في استحقاقه العين أو ما في حكمه من حينه، كما لا يخفىٰ.

***

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٤١ سطر ١٠.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٤١ سطر ٣١.

[في فورية خيار الغبن]

قوله: «فلا يخفىٰ أنّ هذا العموم في كلّ فرد من موضوع الحكم...»[1].

أقول: توضيح المقام أنّه لا شكّ ولا شبهة في أنّ أفراد العموم أوّلاً وبالذّات إنّما هو أشخاص البيوع، لأنّ معنىٰ **«أوفوا بالعقود»** ليس إلّا وجوب الوفاء بكلّ عقد في كل زمان، بحيثُ يكون كلّ زمان موضوعاً لوجوب الوفاء، فليس ممّا يمكن إرادته من هذا العام، بل لو ثبت فانّما هو بدليلٍ آخر، لأنّ الأزمنة بالنّسبة إلىٰ هذا العام من أحوال الفرد فلا يعقل أن يكون في عرضه موضوعاً لهذا الحكم.

نعم، يمكن أن يستفاد استمرار الحكم من هذا الدّليل من دون أنْ تكون الأزمنة مُكثّرة لأفراد العام بأحد وجوه ثلاثة علىٰ سبيل منع الخلو:

أحدها: أن يقال إنّ مادّة الوفاء تقتضي الاستمرار والدّوام، لأنّ الوفاء بالعهد عرفاً لا يتحقّق إلّا بالالتزام بمؤدّاه في يومٍ ونفقته في يوم آخر، إذ لا يعتبر في النّقض عرفاً عدم الالتزام رأساً، بل التخلّف عن مؤدّاه في الجملة كافٍ في صدق النّقض

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٢ سطر ٣٠.

على الاطلاق الّذي هو نقيض الوفاء، فيعتبر في صدق الوفـاء الّـذي هـو نـقيضه الالتزام الدّاعي، لقاعدة المناقضة.

وحاصل هذا الوجه: دعوىٰ عدم صدق الوفاء بالعهد، إلّا بالالتزام الدائمي، وأنّه معنىً بسيط غير مُقسّطٍ على الأزمنة، حتّىٰ يقال في المثال المتقدّم أنّه وفّىٰ بالعهد في بعض الأيام ونقضه في بعضها.

الوجه الثّاني: أن يتمسّك باطلاق المادّة، بدليل الحكمة، بأن يقال الوفاء آناً مّا غيرُ مفيد، وإرادة بعض الأزمنة الغير المعيّنة لغوٌ، والأزمنة المعيّنه تحتاج إلى بيانٍ زائد، واهماله قبيحٌ، فيتعيّن إرادة الوفاء المطلق[1]، أي المستمرّ في جميع الأزمـنة. وإلى هذا الوجه يرجع ما في جامع «المقاصد».

وأنت خبير بأنّ إطلاق المادّة لا يوجب زيادة في افراد العام، كما أنّ تقييدها لا يوجب تخصيصها فيها، فيكون المعنى علىٰ هذا يجبُ في كلّ عقد وفاءً مستمراً، ومعلوم أنّه لو ثبت علىٰ هذا عدم وجوب الوفاء المستمرّ في عقدٍ، يكشفُ ذلك عن خروجه عن العام، وكون العام مخصّصاً بالنّسبة إليه، فلا يصحّ التمسّك بالنّسبة إليه بهذا العام، بل لابدّ فيه من الرّجوع إلى القواعد، كما أنّ الوجه الأوّل أيضاً كذلك، ضرورة أنّه بعد البناء على أنّ الوفاء لا يتحقّق إلّا بالالتزام به مستمراً، يكون معنىٰ

---

١ ـ أقول: بل الوفاء مطلقاً، أي طبيعة الوفاء من حيثُ هي لا بشرط الإطلاق، فيكون اطلاقه كاطلاق وجوب الانفاق على الزّوجة، واطلاق حرمة الجلوس في المسجد على الجُنُب، لا الوفاء المقيّد بقيد الإطلاق كي يكون خروج الفرد في الجملة منافياً لإرادته من العلم، فاذا ثبت عدم وجوب الوفاء في زمانٍ، يكون بمنزلة ما ثبت عدم وجوب الإنفاق على الزوجة عند نشوزها، وكجواز جلوس الجُنُب في المسجد لأخذ ما وضعه فيه، وهذا لا يقتضي إلّا تقييد إطلاق الحكم لا تخصيصه، فأصالة عدم التّخصيص في جميع هذه الموارد سليمة عن المعارض، وهي بمنزلة الأصل الموضوعي لأصالة الإطلاق، حيثُ أنّه بعد احراز إرادة الفرد من العام باصالة العموم يتمشّىٰ قاعدة الحكمة بالنّسبة إليه، لإفادة إطلاقه، وهي إنّما تقتضي اطلاقه فيما عدا المقدار الّذي دلّ الدّليل على عدمه، فيقتصرُ في رفع اليد عمّا يقتضيه أصالة الإطلاق على القدر المتيقّن من التّقييد، فليتأمّل.

وجوب الوفاء وجوب الالتزام المستمرّ، فإذا دلّ دليلٌ علىٰ ثبوت الخيار في عقدٍ يكشفُ ذلك عن كون هذا الفرد خارجاً عن تحت حكم العام، كما في سابقه، فلا يجوز التمسّك في زمان الشكّ بعموم العام.

وتوهّم: إمكان التمسّك باطلاق الهيئة كإطلاق المادّة، فيثبتُ وجوباً مطلقاً للمادّة المستمرّة، ولازمه صحّة التمسّك في كلّ قطعة من الزّمان بالوجوب، لأنطباقه علىٰ هذا التّقدير علىٰ جميع الأزمنة.

مدفوعٌ: بأنّ منشأه الغفلة عن مقتضى اطلاق الهيئة، لأنّ مقتضىٰ إطلاق الهيئة كون الواجب مطلقاً مشروطاً بشيء، لاكون الوجوب سارياً في جميع الأفراد، حتّىٰ يستفاد منه عموم الوجوب، فتثبتُ به وجوبات متعدّدة بتعدّد قِطَع الزّمان.

هذا كلّه بعد الغضّ عمّا تقدّم من انّ الإطلاق في الهيئة والمادّة تابعٌ للعموم، وإلّا فبعد الإذعان بذلك لم يبق مجالٌ لهذا التوهّم من أصله، كما لايخفىٰ.

اللّهم إلّا أن يقال، إنّ ثبوت الخيار في الجملة لا يقتضي خروج العقد الخارجي عن عموم العقود مطلقاً، ولذا يتمسّك بالعموم في الموارد الّتي تحقّق سبب الخيار بعد مضي زمانٍ، بل مقتضاه ليس إلّا تقييد الوفاء بالنّسبة إلىٰ هذا الفرد، بغير الزّمان الذي يثبت خروجه، فاطلاق الطّلب بالنّسبة إلى الوفاء المقيّد سليمٌ عن المزاحم، فتأمّل.

الوجه الثّالث: أنْ يقال إنّ المستفاد من الآية كون العقد مقتضياً لوجوب الوفاء به مطلقاً، للمناسبة بين الحكم وموضوعه، كما قد يُدّعىٰ مثل ذلك في قولك «أكرم العلماء» بمساعدة فهم العرف، للمناسبة بين وجوب الإكرام والعلم، ومقتضىٰ هذا الوجه جواز التمسّك بهذا العام مطلقاً، ما لم يثبت مخصّصٌ، ومتىٰ ثبت مخصّص فلابدّ من أن يكون مانعاً عن تأثير المقتضي، فيقتصرُ في رفع اليد عن العموم على القدر الثّابت، وفيما عداه يرجع إلى العام، وليس هذا في الحقيقة تمسّكاً بالعموم، ولكنّه بمنزلة العامّ في الآثار من حيثُ جواز التمسّك به بعد زوال المانع، ففي المثال

المتقدّم لو علم أنّه يجبُ إكرام الفسّاق من العلماء متىٰ صدر الفسق مِنْ عالمٍ، يُرفع اليد عن اكرام العلماء بالنّسبة إليه ما دام فاسقاً، وبعد زواله وعروض مَلِكة العدالة نحكم بوجوب الإكرام[1]، لأجل ذلك الدّليل بعينه لا لدليل آخر.

ويؤيّد هذا الوجه استدلال العلماء بالآية الشّريفة في لزوم البيع وغيره من العقود، مع أنّ البيع لا ينفكّ غالباً عن خيار في الجملة، ولا أقلّ من خيار المجلس وخيار الحيوان، مع أنّ مقتضى الوجهين السّابقين خروج مثل هذه العقود عن تحت الآية، وكونها مخصّصة بالنّسبة إليها، وكفىٰ به موهناً للوجهين السّابقين، مع أنّ هذا الوجه في حدّ ذاته أرجح بمقتضىٰ المناسبة بين الحكم والموضوع.

نعم، يمكن التفصّي عن التزام خروج البيوع بأسرها، بتقييد الوفاء بالنّسبة إليه بعد الزّمان الأوّل، أعني ما لم يفترقا أو ثلاثة أيّام في خيار الحيوان، ولكنّه مع خلوّه عن التّلف يُجدي في الخيارات الّتي تتحقّق في أوّل زمان صدور العقد، لا ما يتجدّد في الأثناء، بحيثُ يقطع الاستمرار، فتأمّل.

واعلم أنّ مقتضىٰ ما ذكرنا في التّوجيه الأخير أنّما هو جواز الرّجوع إلىٰ حكم في صورة ما إذا لم يكن في المقام أصلٌ موضوعي، وإلّا فهو حاكمٌ علىٰ ذلك، فهذا الوجه لايُجدي لما ذهب إليه المحقّق الثّاني ﷺ بعد تسليم استصحاب الخيار وعدم المناقشة بكونه شكّاً في المقتضي، لأنّه علىٰ هذا التقدير بمنزلة المانع بالغلبة. نعم، انّما يجدي لو لم نقل بذلك، ولكنّه علىٰ هذا التّقدير تُغنينا أصالة اللّزوم المستفاد من غيرها من الأدلّة عن الإستدلال بها.

قوله: «نعم، لو توقّف الفسخ...»[2].

أقول: يمكن تصحيح المطلب بوجه آخر بأن يقال إنّ غاية مفاد أدلّة الخيار

---

١ ـ في الأصل: وجوب العدالة.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٤ سطر ١٢.

ليس إلّا جواز الفسخ له بشرط الردّ، كما في الخيارات الجعليّة، حيثُ أنّ المتعارف في البيوع الخياريّة جعل الخيار للمشتري، بشرط ردّ الّثمن المـثل، وليس المـقام مـا يقتضي ثبوت الخيار له مطلقاً، بل أقصىٰ ما يستفاد منها أنّ للمغبون أخذ ماله بعد تسليط الغابن علىٰ ما أخذه بعينه علىٰ تقدير وجوده، وعند التعذّر مثله أو قيمته، فله الفسخ بشرط التّسليط لا مطلقاً، وهذا المعنىٰ لا يتوقّف علىٰ سبق زماني حتّىٰ يتوهّم أنّ الالتزام به مشكلٌ كما لايخفىٰ، ولعلّ من اعتبر إمكان الردّ في إبقاء الخيار، وزعم أنّ التعذّر مسقطٌ له نظراً إلىٰ هذا المعنىٰ.

والإنصاف أنّ دعواه ليست بعيدة، نعم، سقوط الخيار بتعذّر الخصوصيّة فيه ما تقدّم، فلاحظ وتأمّل.



[في خيار التأخير]

قوله: «ظهور الأخبار في الفساد في محلّه...»[1].

أقول: الإنصاف تسليم الظّهور في محلّه، وإلّا ففهم العلماء غير مُجدٍ في رفع اليد عن الظّواهر، الثّابت اعتبارها بالخصوص، ما لم يكشف عن قرينةٍ واصلةٍ إليهم مُختفية علينا، كما حقّقه المصنّف في الأُصول.

ودعوىٰ: كشفه عن القرينة في المقام.

ممنوعة: أشدّ المنع، بل الظّاهر استنادهم في ذلك إلىٰ نفس الأخبار، لا لدعوى أنّ لا بيع بينهما أو لا بيع له ظاهر في نفي الّلزوم، لكونه الأثر المقصود من البيع المنسبق إلى الذّهن، عند تعذّر الحمل علىٰ معناه الحقيقي، وإن كان هذا أيضاً لا يخلو عن وجه، كما تقدّمت هذه الدّعوىٰ في ردّ مَنْ استدلّ علىٰ بطلان بيع الفضولي بقوله «**لا تبع ما ليس عندك**» ولا «**بيع إلّا في ملك**»، بل لخصوصيّةٍ في المقام، وحكمة الحكم من كونها إرفاقاً للبايع، واعتضاد الصحّة بعد رضا البائع بالصّبر أمرٌ

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٠ سطر ٣.

مركوزٌ في أذهان العقلاء بصرفهم عن سؤال حكمها علىٰ هذا التّقدير، فانّ الأسئلة كلّها منزّلة على أنّه هل للبايع إبطال هذا البيع أم يجب عليه الوفاء بالعقد؟ كما أنّ هذا المعنىٰ هو المصرّح به في رواية ابن الحجّاج، ومعلوم أنّه في مثل هذه الموارد لا يتبادر إلى الذّهن من البيع، إلّا أنّ للبايع ابطاله وعدم وجوب الوفاء به، بل الإنصاف أنّه لو كان المصرّح به في الأخبار التّعبير ببطلان البيع لأمكن دعوىٰ انصرافه، لأجل القرائن المذكورة إلىٰ ما ذُكر، فكيف مع تعبيره في غير واحدٍ من الأخبار بأنّه «**لا بيع للمشتري**» الظّاهر في أنّ للبايع الرّضا بالصّبر، ولا يضرّ قوله في رواية ابن يقطين «**فلا بيع بينهما**»[١] بعد معلوميّة اتّحاد المقصود في جميع الأخبار.

هذا كلّه مع إمكان أن يقال بعد الدّعوى المذكورة من كون الأسئلة منزّلة علىٰ صورة عدم الرّضا بالصّبر، وكون الرّوايات ناظرة إلىٰ بيان الحكم في هذا الفرض، أنّه لامانع من حمل نفي البيع علىٰ نفي الصحّة، حيثُ أنّ اظهاره عدم الرّضا بالبيع وطلبه ما يتفصّىٰ به عن هذا البيع ردٌّ للبيع وأخذٌ بالخيار، فلاحظ وتأمّل.

قوله: «ولا أعلم له وجهاً»[٢].

أقول: احتمال السّقوط عن النّسخ الواصلة إليهم، كاحتمال قراءة «البيع» بالتّشديد في غاية البعد، بل الظّاهر أنّ الوجه فيما ذهبوا إليه إنكار ظهور هذه الفقرة فيما استظهره المصنّف، لإجمالها وتردّدها بين معانٍ مساوٍ لهذا الاحتمال أو أرجح.

بيان ذلك: أنّه يحتمل أنْ يراد من قوله عليه السلام «**فان قبضه بيعه**» معانٍ:

أحدها: ما استظهره المصنّف رحمه الله بأن يكون المراد، فانْ قبض البائع المشتري مبيعه فالبيع لازمٌ، فيكون قبّض بالتّشديد، و«البيع» بمعنى المبيع، والجزاءُ ساقطٌ.

وثانيها: هو هذا المعنى، إلّا أنّه يُقدّر الجزاء، فله ذلك وإلّا فلا بيع، فعلىٰ هذا

---

١ ـ وسائل الشيعة: ج ١٨ باب ٩ ص ٢٢.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٥ سطر ٩.

يكون تحقيقاً لمعنى الخيار، فحاصل المعنىٰ على هذا أنّ الأمر بعد ثلاثة أيّام يرجع إلى البائع، فله الامضاء والردّ، فيكون قوله ﷺ «قبّضه» كناية عن الإمضاء، وهذا المعنىٰ مرجوح بالنّظر إلىٰ غيره من المعاني.

وثالثها: أن يكون «بيعه» خبراً عن مبتدء محذوف، ويكون المجموع جزاء للشّرط، وتقديره فان قبّضه فالبيع بيعه، وعلى هذا التّقدير أيضاً صالحٌ لكلا المعنيين السّابقين، بأن يكون عبارة عن لزوم البيع بالقبض، وأنْ يكون بياناً لكون الأمر إليه.

ورابعها: مثل السّابق، ولكن بجعل المشتري فاعلاً، والضّمير راجعاً إلى الّثمن، فمعناه الأجل بينهما ثلاثة أيّام، فان قبّض المشتري الّثمن في أثناء المدة فالبيع بيعه، وإلّا فلا بيع بينهما.

خامسها: قراءة «قبضه» بالتّخفيف، فيكون البائع فاعل القبض، والمفعول الثمن، فمعناه أنّ قَبَض البائعُ الّثمن، يعني وصل إليه ثمنه في أثناء المدّة، فالبيع بيع للمشتري وإلّا فلا بيع بينهما، وهذا الوجه لا يحتاج إلى إضمار المفعول الثّاني، كما في بعض الصّور المتقدّمة.

وأنت خبير بأنّ دعوى الظّهور في المعنى الأوّل، بعد قيام هذه الاحتمالات في غاية الإشكال، بل لو لم نقل بمساواة هذه الاحتمالات كلّ منها بالخصوص للاحتمال الأوّل، لأمكن دعوىٰ أنّ كثرتها مانعة عن استقرار ظهوره في المعنى الأوّل، هذا كلّه مع إمكان دعوىٰ أرجحيّة بعض الاحتمالات عن الوجه الأوّل، لأنّ الحمل على معناه مسامحةً بلحاظ آثاره أرجحُ من حمله على المبيع، مع أنّ تشديد «قبض» أيضاً لايخلو عن بُعد، فلاحظ وتأمّل.

قوله: «لأنّ المتبادر من النص غير ذلك...»[1].

أقول: انصرافه عمّا اشترط فيه تأخير ساعةٍ أو ساعتين، أو ما يقاربهما محل

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٥ سطر ٢٧.

تأمّل، بل منعٌ، فالأظهر ثبوته لو لم يكن ثمّة إجماعٌ، فلاحظ الكلام فيما يتعلّق بمورد خيار الرؤيّة.

***

[في خيار الرّؤية]

قوله: «ولا أجد أوثق من أنْ يقال إنّ المعتبر هو الغَرر العرفي...»[1].

أقول: ما ذكرهﷺ هو الذي يقتضيه التّحقيق، ولا يذهب عليك ما ذكرنا في بعض المباحث المتقدّمة، من أنّ المدار في صدق الغَرَر عرفاً، هو اشتمال المعاملة علىٰ خَطَر زائد علىٰ ما هو المتعارف في أنواع المعاملات، إذ قلّما توجد معاملة لا يوجد فيها خطر أصلاً، ولو بملاحظة بعض الأوصاف الشّخصية، بل يمتنع عادة الاطلاع بجميع أوصاف المبيع الّتي تختلف بسببها القيمة، والأغراض الشخصيّة في كثير من الموارد، مع أنّه لا يبعد بيعها غررياً عرفاً بعد مشاهدتها أو توصيفها ببعض أوصافها، كما في العبيد والاماء وسائر الحيوانات.

قوله: «والثّاني فاسدٌ من جهة أنّ دليل اللّزوم...»[2].

أقول فيه: إنّ دليل وجوب الوفاء ليس منحصراً بما ذكر، بل الاستصحاب،

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٤٩ سطر ٣٤.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٢ سطر ١٢.

وقاعدة سلطنة النّاس على أموالهم أيضاً من الأدلّة، ولا مانع منها في المقام.

اللّهم إلّا أن يُدّعىٰ دعوىً حدسيّاً مستنبطاً من طريقة الفقهاء في جميع أبواب الفقه، ممّا هو من نظائر المقام، عدم الفرق بين موارد تخلّف الوصف عندهم في هذه الأبواب. أو يقال انّ التّوصيف بمنزلة الاشتراط، والاشتراط عبارة عن التعهّد بالوصف، ولا معنى للتعهّد بالوصف إلّا إيكال الأمر إليه في صورة التخلّف، وهذا معنى الخيار، أو يستدلّ بقاعدة نفي الضّرر.

وكيف كان، فانْ تَمّ شيءٌ ممّا ذكرنا، كما هو الظّاهر فهو، وإلّا فمقتضى القاعدة اللّزوم.

قوله: «ولو لم ينسجه في الصّورتين الأولیين»[1].

أقول: ويمكن أن يقال في الصّورة الثّانية أنّها كالثّالثة، في جواز الزامه بالأبدال بما يكون مساوياً للمنسوج، لأنّ شرط النّسج وإن كان خارجاً عن حقيقة البيع، إلّا أنّه منشأ لاستحقاقه وصفاً في المبيع، فله مطالبته وعدم قبوله ما لا يكون مشتملاً عليه، وكون التّلف في الأعيان الشخصيّة منشأً للخيار أنّما هو لأجل تعذّر اداء المبيع متّصفاً بالوصف، لتعيّنها في ضمن شخص خاص، وهذا بخلاف ما لو كان المبيع كلّياً، فانّ الأداء ليس متعذّراً، فيجبُ دفع فردٍ آخر مقدّمةً لاداء حقّه. ومن هذا القبيل ما لو باع ثوباً كلّياً على أن يصبغه صُبغاً أحمر، فصبغ ما هو مصداقٌ لذلك الكلّي بصبغ آخر ودفعه إليه، والظّاهر أنّه لا إشكال في عدم وجوب قبول هذا الفرد، وجواز مطالبة فرد آخر.

والحاصل: أنّه ليس مردّداً بين فسخ العقد أو قبول هذا الفرد، بل له ابقاء العقد ومطالبة فرد آخر، إذ الحكم بوجوب قبول كلّ فرد لو اشتغلت الذمّة بالكلّي،

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٢ سطر ٢٩.

من جهة عدم استحقاقه أزيد ممّا دفع إليه، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فانّ له فيه حقّاً زائداً علىٰ صرف الطّبيعة، ثابتاً بالشّرط فله المطالبة، وقد صرّح به سيّد مشايخنا في بعض فروضات المسألة الآتية بما يوافق ما ذكرنا.

قوله: «ولو كان للمشتري الخيار في المنسوج لتبعض الصّفقة...»[1].

أقول: هذا إذا تعذّر عليه الأبدال، وإلّا فهو ملزمٌ بدفع البدل، كما أشرنا إليه سابقاً.

***

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٢ سطر ٣٠.

[في خيار العيب]

قوله: «اطلاق العقد، يـقتضي وقـوعه مـبنيّاً عـلىٰ سـلامة العـين مـن العيب...»[1].

أقول: فلو اشترىٰ عبداً شخصيّاً خارجيّاً، فقد اشتراه بانياً على أنّه سالمٌ، فله الخيار عند تخلّف الوصف، فلنا في المقام دعويان:

أحدهما: أنّ الأصل في الأشياء السّلامة، بمعنى أنّه ما لم يَعلم العيب، يعامل معاملة السّالم.

والثّانية: أنّ العقد متقيّدٌ بها وواقع عليها، كسـائر الأوصـاف المأخـوذة في المبيع.

أمّا الأُولىٰ: فالظّاهر أنّه لا إشكال فيه، لاستقرار طريقة العقلاء على الجري عليه من دون اعتناء على احتمال العيب في كثير من المقامات، ومن يعتريه ريبٌ فيما تلوناه عليه فليراجع وجدانه، ألا ترى أنّه لو رأيت شخصاً جالساً في مكان وكنت

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٢ سطر ٣١.

محتاجاً إليه في قضاء حاجة، تعامل معه معاملة السّالم، فأوّل ما تنزل عليه تُسلّم عليه وتنتظر الجواب، وتستر عنه عورتك، وتَعرض عـليه حـاجتك، ولا يخـطر ببالك انّه لعلّه صمّ أو أبكم أو أعمىٰ أو مزمن أو مقعد أو مجنون، وهل هذا إلّا من جهة البناء على أصالة السلامة، ولعلّ المنشأ عندهم لهذا البناء هو الغلبة، أو إحراز المقتضي مع عدم العلم بالمانع، إذ ربّما يرتّبون آثار المقتضىٰ بعد احراز المقتضي، من دون التفاتٍ إلى احتمال طروّ المانع، إذ لا شكّ أنّه لو أبقيت الطبيعة النـوعيّة عـلىٰ حالتها الأصلية مـن دون حـدوث سـانحة فـيها، بـعد تشـخّصها بـالمشخصات الخارجيّة، لأُقتضت وجوداً معتدلاً سوياً تام الأجزاء بـلا مـنقصة، واحـتمال مـا يصرفها عن اقتضائها غَيرُ معتنىً به عندهم، وبهذا التّقريب ظهر لك أنّه يمكـن أن يقال لعلّ المنشأ عندهم استصحاب عدم المانع، وكونه أصلاً مثبتاً غير ضائر، بعد كونه أصلاً عقلائيّاً.

وكيف كان، فلا يحتاجُ إلى تعيين المنشأ بعدم احراز الحكم، فمقتضىٰ ما ذكرنا هو البناء علىٰ صحته عن جميع العيوب، والجري علىٰ ما تقتضيه الطّبيعة ما لم يعلم العيب، فمتعلّق العيب ما لم يعلم فساده يبنىٰ علىٰ صحّته، فاذا وقع عليه العقد فـقد وقع علىٰ ما هو عند العقلاء صحيحٌ وسالم سويّ، فإذا كان العقد من عاقلٍ فقد أوقعه على ما هو عنده سالم، وإذا كان كذلك فلابدّ من تقييّد العقد به، مـالم يـتبرّء مـن العيوب كسائر الأوصـاف، إذ العـقد انّمـا تـعلّق بـالجزء الخـارجـي المـتشخّص بالتّشخصات الخارجيّة، فكلٌّ منها مأخوذ في المبيع معتبرٌ فيه، حيثُ أنّ العقد لا يقع إلّا على المتّصف بالأوصاف الخارجيّة الموصوفة أو المرئيّة، فكلّ وصفٍ فُرض فهو وصفٌ للمبيع، واطلاق العقد يقتضيه. نعم، قد يكون بعض الأوصاف نعلم بـعدم اعتبارها قيداً للمبيع، وإنْ كان وصفاً له ككون العبد جالساً أو محاذياً إلى القبلة أو غير ذلك من الأوصاف المعلوم عدم تقييد العقد بها، وثبوت الخيار عند تخلّفها.

هذا، ولكن يمكن منع الكليّة المدّعاة في المقام، أعني اعتبار جميع الأوصـاف

الشّخصية في المبيع، إلاّ ما علم خروجها وعدم الاعتناء بها، بحيثُ يرجع حين الشكّ إلى هذا الأصل، ويحكم بالخيار، بل الأوصاف الموجبة للخيار إنّما هي الأوصاف الملحوظة المعتبرة عند العقلاء نوعاً، أو ملحوظة عند المتعاقدين حين العقد، إذ المدار في استحقاق المشتري للوصف أنّما هو تعهّد البائع والتزامه في ضمن العقد، وإذا لم يكن الوصف ملحوظاً لا إجمالاً ولا تفصيلاً، كيف يعقل الالتزام بالنّسبة إليه. نعم، الأوصاف المعتبرة فيه عند العقلاء ملحوظة في المبيع إجمالاً، ولو لم يلتفت إليها بالخصوص حال البيع.

والحاصل: أنّ تحقّق الإلزام والإلتزام بالنّسبة إلىٰ ما لا يكون مقصوداً بالبيع، وملحوظاً في المبيع، غير مُسلّمٍ، فكلّ وصفٍ شُكّ في اعتباره، وكونه منشأً لثبوت الخيار عند التخلّف، لا يُعبأ به إلاّ بعد إحراز كونه من الأوصاف الملحوظة عند العقلاء في مثل هذا البيع، أو علم اعتباره في الموارد الشخصيّة ووقع التباني عليه، وإلاّ فأصالة اللّزوم محكّمة إن لم نقل بأنّ الأصل عدم تعلّق العقد لفائدة هذه الصّفة، وقد مرّ الكلام فيه في كلام المصنّف فيما تقدّم، فراجع.

وكيف كان، فلا شبهة ولا تأمّل في أنّ السّلامة صفةٌ معتبرةٌ ملحوظةٌ عند العقلاء في الجملة، بمعنى أنّ كثيراً من العيوب بحيثُ تعتني بها العقلاء، فاذا قدموا علىٰ شراء عين يعتبرون عدمها، ولكن لمّا كان لهم طريق لاحرازها، كأصل السّلامة، واستصحاب الأوصاف المرئيّة، لا يفتشون عن أحوالها، ويوقعون العقد عليها بعنوان كونه سالماً وواجداً للأوصاف المرئية الملحوظة.

نعم، ربّ عيبٍ أو صفةٍ لا يعتنىٰ بها عندهم أبداً نفياً وإثباتاً، فلا يتعلّق بها إلزامٌ والتزامٌ حتّىٰ يتقيّد بها العقد، وهذا بخلاف الأوصاف المعتبرة فيتقيّد العقد بها، ويوجبُ فقدها الخيار لما مرّ فيما سبق من أنّ التّقييد بالأوصاف في قوّة الاشتراط، ويوجب فقدها الخيار لا إبطال العقد رأساً.

هذا إذا كان المبيع شخصيّاً.

وامّا إذا كان كلّياً، فانصراف نفسه إلى السالم عن بعض العيوب في الجملة مسلّمٌ، كعدم كونه ذا رأسين، أو غيره ممّا يندر استعمال المطلق فيه لندرة وجوده، إلّا أنّ هذا المقدار من الانصراف لا يفي بما نحن بصدده، إلّا أنّ تعلّق البيع، وكونه في مقام الاشتراء، قرينةٌ صارفة عن إرادة مطلقها الّذي يُحمل عليه لو لم يكن في هذا المورد الخاص، مثلاً لو قال «اعتق عبداً» لا ينصرف إلى الصّحيح السّالم عن العيوب، ولكن «اشتر لي عبداً» يستفاد منه ذلك بقرينة المقام، كما لو قال «ائتني بماء أشرب» يتبادر منه بقرينة الشّرب الماء العذب الصّافي، وهذا بخلاف ما لو قال «اغسل ثوبي» فلا يستفاد منه ذلك.

وقولنا: «إنّ الاطلاق في هذا المقام منصرفٌ إلى الصّحيح»[١].

لا يخلو عن المسامحة، إذ المتعلّق قرينة صارفة، لا أنّ الإطلاق منصرفٌ، وإن أمكن توجيهه بوجهٍ، فتأمّل.

قوله: «وامّا الأرش...»[٢].

أقول: ظاهر اطلاق جواز أخذ الأرش للمشتري في صورة التّصرف، كون الأمر إليه في تدارك ضرره من أوّل الأمر من دون مراعاة حقّ البائع، وإلّا لكان الّلازم تقييد الجواز بما إذا لم يرض البائع بالفسخ، وقبول العين التي حَصل فيها تغييرٌ، ففي الحقيقة علىٰ هذا التّقدير كان الّلازم على المشتري الرّجوع إلى البائع، ومطالبة رفع الضّرر الوارد عليه من جهة العيب، امّا بقبوله ردّ العيب ولو بعد التصرّف، أو بتدارك الفائت، وهذا خلاف ظاهر الأخبار، واحتمال عدم كون الحكم بالترتيب بمراعاة حقّ البائع، بل كلا الحكمين، انّما شرّعا لمراعاة حقّ المشتري فقط، ولكن موضوع أحدهما مترتّب على موضوع الآخر مع بُعده في حدّ ذاته، لعدم كون

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٣ سطر ٨.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٣ سطر ١٦.

الحكم علىٰ هذا التّقدير مناسباً للموضوع بهذه الخصوصيّة، يبعّده أيضاً عدم سقوط الأرش بالتصرّف بعد العلم، إذ حينئذٍ له إيجاد سبب الأرش باختياره، ومن المعلوم غرابة الالتزام بعدم جواز الزامه بالأرش أولاً وبالذّات، وجوازه بعد إيجاد مقدّمة اختياريّة، فهذا الاستبعاد يوجب ظهور الرواية ـ بعد فرض دلالتها على إطلاق الحكم ـ في كون اعتبار الخصوصيّة لأجل تعيين أحد فردي الواجب المخيّر بتعذّر الآخر، لا لبيان حدوثه بحصول موضوعه، فتأمّل.

قوله: «نعم، يظهر من الشيخ في غير موضع من «المبسوط» أنّ أخذ الأرش مشروطٌ باليأس عن الردّ...»[١].

أقول: ما ذكره في هذا الموضع ردّاً على الشّيخ، من اطلاق الأخبار، بظاهره ينافي ما سبق منه من منع وجود خبرٍ يدلّ على التّخيير بين الأرش والردّ.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ كلامه ثمّة في أصل التّخيير من أوّل الأمر، وقد أنكر دلالة نصّ عليه، وامّا كلامه هنا فانّما هو علىٰ قصر الشّيخ ﷺ مورد الأرش باليأس عن الردّ، فيتوجّه عليه الردّ حينئذٍ، بأنّ إطلاق الأخبار يقتضي بعد أن أحدث في المبيع حَدَثاً، إلّا أنّ مقتضىٰ إطلاقه ثبوت الأرش بعد نقله إلىٰ ثالث مثلاً، إذ يصدق عليه أنّه أحدث فيه حدثاً، مع أنّ الشيخ ﷺ لا يقول به، مع احتمال عوده إليه بنحو من الأنحاء بإرثٍ أو هبة أو نقل جديدٍ، كما هو مصرّح به في غير موضع من كتابه، من أنّه لو اشترىٰ شيئاً ثمّ باعه، وظهر فيه عيبٌ، لا يجوز له مطالبة الأرش، لإمكان عوده إليه، فلا يكون الردّ ممتنعاً، ومثل الامتناع، الردّ بوقف المبيع، وعتق العبد وضياعه وهلاكه وأمثالها.

نعم، جعل منها خياطة الثّوب وصبغه ممّا يمتنع فيه. ولعلّ نظره في امتناع الردّ

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٣ سطر ٢٤.

خروج العين عن الهيئة الّتي هي عليها حال البيع، بحيثُ لا يمكن عودها إليه، وإلّا فهو ممّا يمكن فيه الردّ فلا أرش، بل فيما لو تغيّر المبيع أيضاً، كمال و خيط الثّوب أو صبغ، وان قال إنّه امتنع فيه الردّ، إلّا أنّه علّق استحقاق الأرش، بعدم قبول البائع المتغيّر، ودفع إليه أُجرة الصّبغ ليس، له مطالبة الأرش.

هذا حاصل ما يستفاد من بعض كلمات الشّيخ، إذا عرفته عَلِمت أنّه يمكن التمسّك باطلاق الأخبار في تضعيف قوله، وعدم اختصاص مورده بما فهمه من اليأس الاستمراري، لو تمّت دلالة الأخبار بذلك، كما سنتعرّض إليه إن شاء الله.

***

[في مسقطات خيار العيب]

قوله: «ثمّ أنّ المشهور استثنوا من عموم هذه الأخبار...»[1].

أقول: حاصل كلامه في هذا المقام، استظهار اختصاص الأخبار بـامّ الولد، وعدم كونها مسوقة لبيان حكم الحامل من غير المولىٰ، لأجل القرائـن الداخـليّة والخارجيّة الّتي سنذكرها فيما بعد.

ولكنّ الإنصاف أنّ ما استظهره من الرّوايات لا يخلو عن النـظر، بـل لعـلّ المتأمّل الصادق يشهد باختصاصها بغير الحامل من المولىٰ، ولعلّ المشهور أيـضاً فهموا ذلك منها لا الأعمّ، وكيف كان، فالمتّبع هو الظّهور، فنقول قولهعليه‌السلام في رواية عبدالملك بن عمير «**لا تُردّ الّتي ليست بحبلىٰ إذا وطـئها صـاحبها، وله أرش العيب**»[2] كالصّريح في أنّه ليس له الردّ بعد الوطيء في غـير الحـامل، وانّ العـلّة للسّقوط أنّما هو الوطيء، ومعلومُ أنّ هذا فيما لو عقد عليها عقداً صحيحاً، إذ بدون

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٦ سطر ٧.

٢ ـ وسائل الشيعة: ج١٨ باب ٥ ص١٠٦.

ذلك لا يعقل أمره باللّزوم وامضاء العقد، فصار الكلام بمنزلة قولك «العقدُ الصّحيح الواقعي على الجارية الغير الحامل الّتي ظهر فيها عيب لا يجوز للمشتري فسخه بعد الوطىء» وانّما الوطىء علّة لسقوط خياره. ومعلوم اعتبار الوصف في أمثال المقام ممّا هو مسوقٌ لبيان التّحديد، يفيد انتفاء الحكم عن غير مورد الوصف بعد فرض إبقاء الكلام بحاله بجميع قيوده، كما هو القاعدة المطّردة في جميع المقامات التي نلتزم فيها بالمفهوم، فمفهوم الكلام علىٰ هذا التقدير أنّ الوطئ في الحُبلى ليس علّةً للزوم العقد وسقوط الخيار. ومعلوم أنّ الحُبلى ـ التي يستفاد حكمها من هذه الفقرة من الرّواية ـ هي غير اُمّ الولد، لأنّها خارجة عن القسم، لامتناع وقوع العقد الصّحيح عليها.

وبعبارة اُخرىٰ: التّقييد بالوصف ينفي الحكم عن الافراد الفاقدة للوصف، الّتي لولا التّقييد لكانت مندرجةً تحت افراد الموضوع، ومعلوم أنّه لو قال «لا تُردُّ الجارية إذا وطئت» لا يشمل اطلاقها أمّ الولد، إذ هي كالحُرّة بعد امتناع بيعها، فكما لا يشمل الحرّة لا يشمل امّ الولد أيضاً، فهذه الفقرة من الرّواية قرينة على اختصاص حكم ذيلها أيضاً بغير اُمّ الولد ممّا يصحّ أنْ يقع عليها العقد صحيحاً، إذ الظّاهر منه ليس إلّا كونه تصريحاً بالمفهوم المستفاد من التّقييد الواقع في الفقرة الاُولىٰ.

وامّا صحيحة ابن سنان فهي أيضاً كذلك، بقرينة الاستشهاد بقول عليّ عليه السلام، فكأنّه عليه السلام قال الحكم المذكور بالفقرة الأولى انّما يستفاد من قوله عليه السلام أيضاً، بسبب تقييده عدم الردّ بعد الوطئ بكون العيب غير الحبل. وقد ذكرنا أنّ المفهوم المستفاد من «الفقيه» بسبب التّقييد أنّما هو نفي الحكم المذكور عن افراد الموضوع المذكور، الّذي لو لا التّقييد لكان مندرجاً تحت المنطوق، وقد عرفت أنّ اُمّ الولد خارجة عن الموضوع كالحرّة لا يشملها الحكم نفياً وإثباتاً، وهذه الرّواية مضافاً إلى كونها ظاهرة فيما ذكرنا، مؤيّدة بحمل الأخبار الاُخر أيضاً على كونها مسوقة لبيان حكم

غير أُمّ الولد، حيثُ أنّ صدر هذه الرّواية مثل تلك الأخبار مطلقٌ، وقد ذُكر قول عليّ عليه السلام فيها من باب التأييد ظاهراً، لا لبيان الحكم، فكأنّ الفقرة الأُولىٰ بنفسها ظاهرة في غير أُمّ الولد عندهم، كما يُشعر به اطلاق القول فيها، ولعلّه من جهة ارتكاز بطلان بيع أُمّ الولد في أذهانهم، وكون الحكم بديهياً عندهم، لا ينصرف اطلاق الحُبلىٰ في مثل هذه المقامات إليها.

وكيف كان، فهذان الرّوايتان تغنينا عمّا نحن فيه من تأييد مذهب المشهور كما لا يخفىٰ.

ثمّ أنّ ما ذكره من الوجوه الخمسة تضعيفاً لما ذهب إليه المشهور، وتأييداً لما قوّاه، فقد ظهر بما ذكرنا ضعف الأوّل منها، أعني ظهور الجملة الخبريّة في الوجوب، حيث أنّه فيما لو كانت الجملة بدويّة، وامّا في مثل المقام فلا يدلّ إلّا علىٰ نفي عدم الجواز الثّابت في القضيّة الأولىٰ، فلا تدلّ إلّا علىٰ جواز الردّ لا وجوبه.

وامّا الثّاني منها: أعني كون القصر خلاف القاعدة.

ففيه: أنّ حمل الجارية على أُمّ الولد أيضاً مستلزمٌ لمخالفة قاعدة أُخرىٰ، وهي رجوع المغرور إلىٰ من غرّه، حيثُ أنّ المشتري مغرورٌ، فلا يتخسّر بشيء إلّا ويرجع إلى البائع الغار، فلا يجوز أن يرجع البائع إليه بشيء من التّضمينات، فأخذه منه العشر أو نصفه مخالفة لهذه القاعدة أيضاً، وكون البائع جاهلاً بالحال لا يؤثّر في عدم رجوع المغرور إليه، كما تقدّم في محلّه، فارتكاب إحدى المخالفتين ليس بأولىٰ من الأُخرىٰ.

وامّا الثّالث منها: أعني مخالفتها لما دلّ علىٰ كون التصرّف مطلقاً أو خصوص الوطئ مانعاً عن الردّ.

ففيه: أنّها أخصّ منها فلا يعارضها، بل لعلّها حاكمٌ عليها، كما سنشير إليها إن شاء الله.

وامّا الرّابع: بعد تسليم أنّ الظّاهر من قول السّائل ما ذكره، وأنّه صالحٌ لرفع

اليد عن ظهور القضيّة عليه في حدّ ذاتها.

ففيه: أنّه مخصوص بموروده. وامّا الروايتان المذكورتان الّلتان استظهرنا منهما ما ذكرنا فلا.

وامّا الخامس ففيه: أنّه بعد ما بيّنا سابقاً انّ المراد بالحَدَث المُسقط، ليس كلّ تصرّف، ليس الفرضُ نادراً، مع أنّه بعدما التزمنا بعدم سقوط الخـيار الوطـئ في الحامل، نلتزم بعدم سقوطه بغير الوطئ أيضاً، ممّا هو أهون من الوطئ، كـالتّقبيل واللّمس بالأولويّة، نعم، لو اجتمع بعضها ممّا ليس بلازم للوطئ غالباً، لا مانع عن الالتزام بعدم جواز الردّ فيها بالخصوص، ولا محذور فيه.

وامّا ما ذكره من التّعارض؛ ففيه مع أنّ تصويره انّما هو بـعد فـرض تـعميم الأخبار لأمّ الولد أيضاً، وقد عرفت إمكان منعها، فيصير أخصّ مطلقاً، أنّ هـذه الأخبار حاكمةٌ عليها، فلا يراعى النّسبة بينهما، حيثُ أنّها بمدلولها متعرّضة لحالها، كما في الرّواية المستشهد فيها بكلام عليّ عليه السلام، فكأنّه يدلّ بمدلوله أنّ الحكم بعدم الردّ المعروف المعهود أنّما هو في غير الحبلىٰ، وإذا كان في قوّة هذه العبارة لا يراعى النّسبة لكونه مفسّراً له، كما تقرّر في محلّه، وعلىٰ فرض تسليم التّعارض، فما ذكـره مـن المرجحات قد عرفت ما فيها.

وامّا وجه اختصاصها بما عدى الوجه الثّـالث فـظاهرٌ، ضرورة أنّ الوجـه الثّالث هو تقريبٌ للمعارضة، فلا يصحّ جعله من المـرجّـحات، ثمّ عـلىٰ فـرض التكافؤ قد يمنع الرّجوع إلى العام الفوق، أعني ما دلّ على أنّ مطلق التصرّف مسقطٌ لا لأجل المناقشة الّتي أشرنا إليها من منع تسرية الحكم منها إلى خيار العيب، حيثُ أنّ الالتزام بالبيع أجنبيٌ عن الرّضا بالعيب، بل بدعوى أنّ هذا العام أيضاً كخاصٍّ معارضٍ لهذه الأدلّة. غاية الأمر أنّ أحد المتعارضين أخصُّ مطلقاً من الآخر، وما هو الصّالح للرّجوع إليه بعد التكافؤ ما لا يكون بنفسه معارضاً، كأن يكون أعمّ من المتعارضين مطلقاً، وامّا إذا كان أعمّ من وجه، كما فيما نحن فيه فلا.

نعم، قد تكون الموافقة منشأ للاعتضاد، فيقدّم من هذه الجهة، وهذا غير المرجعيّة كما لا يخفىٰ.

اللّهم إلّا أن يُقال، إنّ النّسبة وإن كانت كما ذكرت، نظراً إلىٰ خروج أُمّ الولد عن حكم العام واندراجه تحت المعارض، إلّا أنّ هذا العام المعلّل مسوقٌ لبيان القاعدة الكلّية في باب البيع، بحيثُ يعلم أنّه لا يرفع اليد عن هذه القاعدة المؤسّسة الّا لعارضٍ، فما لم يثبت العارض يجبُ الجري علىٰ ما تقتضيه القاعدة المستفادة منها كسائر القواعد الثّابتة بالإجماع وغيره، وهذا معنى الرّجوع إليها، لا أنّه ممّا تقتضيه القواعد اللفظيّة من حيثُ هي، فتبصّر.

قوله: «الثّالث من المسقطات حدوث عيبٍ عند المشتري...»[1].

أقول: كون العيب مسقطاً انّما هو من جهة كونه منشأ لتغيّر المبيع فلا يكون المبيع بعده قائماً بعينه حتّىٰ يجوز ردّها فعلىٰ هذا نقول مقتضى القاعدة سقوط الردّ بالعيب الأوّل مطلقاً، سواء كان حُدُوث العيب ثابتاً قبل القبض أو بعده، في زمان الخيار أو بعده، وجوازه بالعيب المتجدّد دائرٌ مدار القول بسببيّته لجواز الردّ، فحيثما قلنا إنّه منشأ لخيار العيب، ولو في مبيعٍ صحيح حال العقد نلتزم به هنا، وإلّا فلا، فلو حَدَث العيب في زمانٍ لا يكون المبيع مضموناً على البائع يسقط به الردّ.

وامّا لو حدث فيما إذا كان مضموناً على البائع، فالظّاهر ثبوت الخيار بهذا العيب، إذ كما أنّ ذات المبيع مضمونٌ على البائع بجميع أجزائه، كذلك مضمون بما هو كالجزء، أعني وصف الصحّة، ولمّا كان الإلزام بالردّ مخالفاً للقواعد، فيجوزُ للمشتري الردّ بهذا العيب لا بالعيب السّابق، لأجل حدوث التغيّر المانع عن الردّ.

ويتفرّع علىٰ ما ذكرنا أنّه لو تغيّر المبيع بما لا يوجب نقصاً فيه حتّىٰ يضمنه

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٧ سطر ١٥ وفيه: (الرابع من المسقطات).

البائع، كأن يتغيّر لون الثّوب بما لا يعدّ عيباً يسقط الردّ.

ودعوىٰ: الأولويّة في المقام، بيّنة الفساد.

وحيثُ أنّ الردّ في القسم السّابق بـالعيب الحـادث لا الأوّل، إلّا أنّ الزامه بامساك العيب ضررٌ عليه فيرتفع.

ودعوىٰ: كونه في ملكه كالتغيّر الحادث بعد زمان الخيار.

يُمكنُ منعها، بأنّ كون المبيع مضموناً على البائع، كما يقتضي ثبوت الخيار بعد العيب الحادث، كذلك يقتضي عدم سقوط الخيار بما هو أهون من العيب، بحيثُ لا يوجب نقصاً في المبيع.

وإن شئت قلت: جواز الردّ بعد التغيّر ليس لعـيبٍ أولىٰ مـن جـوازه بـعد صيرورته معيباً، ولعلّ كون الضّمان عليه أنْ لا يترتّب علىٰ المشتري ضررٌ من قبله. وقد عرفت أنّ الالزام ضررٌ عليه فيرتفع في زمان الخيار، وهذا بخلاف ما لو انقضىٰ خياره، فانّه ضررٌ سماوي وليس ضمانه على أحدٍ، فافهم.

قوله: «وامّا الثّالث أعني العيب الحادث في يد المشتري بـعد القـبض والخيار»[١].

أقـول: مقتضىٰ ما ذكرنا سقوط الخيار بحدوث العيب في الصّورة المفروضة، لعدم كون المبيع قائماً بعينه، وقد يتوهّم قيامه بعينه في مثل تبعّض الصفقة وعـيب الشركة، حيثُ أنّه قبل الردّ قائمٌ بعينه، وبعده ليس مشمولاً للرّواية.

ولكن يمكن دفعه باستفادة أنّ المقصود وصول العين بأوصافها الثّابتة لها إلى البائع، لابقائها قبل الردّ بما هو، وليعلم أنّ المراد بالتغيّر ما به يتفاوت الاغـراض النوعيّة، وإنْ لم يحصل به نقصٌ في الأثمان. وامّا مجرّد التغيّر بما لا يُعدُّ عرفاً تغيّراً أو

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٧ سطر ٢٩.

التغيّر بمثل السمن، فالظاهر عدم كونه مشمولاً للرّواية، وامّا مثل نسيان الكتابة فهو داخلٌ قطعاً، هذا إذا كان المستند في إثبات الخيار هو هذه الرّواية وما شابهها.

وامّا لو كان المدرك قاعدة نفي الضّرر، فيشكلُ الحال فيما نحن فيه، ضرورة قصوره عن إفادة الحكم في مثل المقام، امّا لأجل تعارض الضّررين، أو لدعوىٰ عدم شمولها رأساً، لما إذا استلزم نفي الضّرر اضرار الغير، لكون حديث نفي الضّرر وارداً في مقام الامتنان، وهذا ينافيه.

ثمّ أنّه بعد التّعارض هل المرجع هو استصحاب الخيار، أو أصالة الّلزوم، ففيه وجهان:

من اليقين السابق، والشكّ في سقوطه وارتفاعه.

ومن انّ الموضوع هو المتضرّر الذي لا يتضرّر بنفي ضرره الغير، كما هو قضيّة كونه في مقام الامتنان، وقد ارتفع الموضوع.

ولعلّ الأوّل أقوىٰ، لو لم ينحصر الدّليل في الحالة الأُولىٰ في نفي الضّرر، كأن يكون الحكم إجماعيّاً، وامّا علىٰ فرض الانحصار، فلايخلو الوجه الثاني عن قوّة، فافهم.

قوله: «لأنّ المردود إنْ كان جُزءً مشاعاً من المبيع الواحد، فهو ناقصٌ مِنْ حيثُ حدوث الشركة»[1].

أقول: تصوير تحقّق العيب في جزءٍ مشاع من المبيع لا يخلو عن خفاء، وقد يُمثّل له بما إذا تعلّق الدّعوىٰ ببعضٍ مشاعٍ منه، فيكون ذلك البعض معيباً.

ويمكن المناقشة فيه: بأنّ تعلّق الدّعوىٰ بالبعض منشأ لسراية العيب إلى الكلّ، ضرورة نقصان قيمة العين بتمامها ـ بملاحظة هذه الدّعوىٰ ـ عن قيمتها

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٨ سطر ٢٦.

السوقيّة فتأمّل.

قوله: «إذ قد يتعلّق غرضه بامساك الجزء الصّحيح»[١].

أقول: مراعات ضرر البائع مقدّمٌ، لأنّ هذا ليس إلّا منافياً لتمام السّلطنة، وقد تقرّر أنّ لا ضرر حاكمٌ علىٰ دليل السّلطنة، كما تقدّم تقريره في بعض المباحث المتقدّمة. وعلىٰ هذا فمقتضىٰ دليل نفي الضّرر في الصّورة المفروضة، نظراً إلى حال المشتري بعد ضمّ قاعدة اللّزوم، أنّما هو جواز الردّ له في الجزء المعيب دون الصّحيح. إلّا أنّ الزامه به مستلزم، لتبعّض الصّفقة على المشتري، أو الصّبر على المعيب. وهذا أيضاً ضرر فيرتفع، ومقتضاه انّه لا يجب عليه تحمّل أحد الضّررين، فيجوزُ له ردّ الجميع وامساكه، كما أنّه مخيّرٌ في ردّ المعيب منفرداً وامساكه، كما هو مقتضى دليل الضّرر أوّلاً، إلّا انّه في الصّورة الأخيرة مستلزمٌ لتضرّر البائع مِنْ حيثُ تبعّض صفقته فيُجبر بالخيار، كما في الحيوان.

ثمّ، لا يخفىٰ عليك أنّ جواز التمسّك بنفي الضّرر لإثبات جواز الردّ فيما نحن فيه، أنّما هو بعد الغضّ عن دلالة الرّواية علىٰ سقوط الخيار بالنّسبة إلىٰ ردّ المعيب بخصوصه، وامّا بالنّظر إليها، والتزام دلالتها عليه بدعوىٰ أنّ المستفاد منها وصول المعيب إلى البائع، علىٰ النّحو الّذي كان ثابتاً عليه قبل البيع، بحيثُ لا يرد عليه من قبله نقصٌ أصلاً سوىٰ ما كان عليه، فيشكلُ الاستناد في إثبات الخيارات فيما نحن فيه بنفي الضّرر.

وامّا بالنّسبة إلى المعيب بخصوصه، فلتخصيصها بقوله **«إنْ لم يكن قائماً بعينه لا يجوز الردّ»**.

وامّا بالنّسبة إلى المجموع، فلما عرفت من أنّ جواز ردّ المجموع، إنّما نشأ من

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٨ سطر ٢٩.

كون الزام المشتري بردّ خصوص المعيب ضرراً عليه، فينتني ضرر التّبعيض بجعل الخيار في المجموع، ومعلوم أنّ هذا انّما يستقيم لو ثبت له الخيار في البعض، حتّىٰ يقال إنّ الزامه به بالخصوص ضررٌ عليه، وامّا لو ثبت عدمه فلا.

وتوهّم: أنّ تحقّق المانع عن ردّ البعض، مستلزمٌ لنفي الّلزوم عن أصل البيع، المقتضي لجواز ردّ المجموع.

يمكن دفعه: بأنّ الحكم الضّرري في المقام ليس إلّا لزوم البيع بـالنّسبة إلى المعيب، وامّا بالنّسبة إلى الصّحيح فلا، إذ لا ضرر في لزوم الوفاء بالعقد بالنّسبة إليه، نعم، الخيار في خصوص المعيب، والّلزوم في الباقي، مستلزمٌ لضرر التّبعيض، كـما عرفت آنفاً، وهذا متفرّعٌ علىٰ ثبوت الخيار في الجملة، والمـفروض أنّـه قـد نـفاه الرّواية، فتأمّل.

قوله: «فانّ المانع فيهما ليس إلّا حصول الشركة»[1].

أقول: قد عرفت سابقاً أنّ نفس التغيّر بنفسه مما لا يوجب زيادة القيمة ولا نقصانها. نعم، ينبغي تقييدها بما يتعلّق به الأغراض النوعيّة، ولذا لا نلتزم بالسّقوط في مثل السّمن، إذ الهزال ليس وصفاً يتعلّق به الغرض نوعاً، حتّىٰ يَلزمُ من تفويته منقصةً على البائع، لأجل فوت غرضه ولو بملاحظة النّوع.

قوله: «في ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع...»[2].

أقول: في العبارة مسامحة، والظاهر انّ غرضه انّ الدّليل يدلُّ علىٰ ثبوت الخيار في مجموع المحلّ لا كلّ جزء، إلّا أن الاشكال في أنّ المحلّ هو خصوص المعيب أو تمام المبيع.

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٨ سطر ٣٠.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٨ سطر ٣١ وفيه (في تعلق حق الخيار بمجموع المبيع).

قوله: «وظاهر هذه العبارة اختصاص النّزاع بما إذا كان القبول في العقد واحداً عن اثنين...»[١].

أقول: جعل الملاك في وحدة العقد وتعدّده اتّحاد القبول وتعدّده، لا يخلو عن نظر، بل المدار علىٰ كيفيّة جعل المالك وانشائه، إذ ربّما يجعل البائع كليهما بمنزلة شخصٍ واحد، وينشأ نقلاً واحداً، وإن كان المنقول إليه متعدّداً، إلّا انّه لا يلاحظ تعدّده، فينشأ العقد علىٰ نحو ما لو وكّلا شخصاً ثالثاً.

وإنْ شئتَ توضيحه: فليفرض ما لو وكّلا ثالثاً، فأنشأ البائع ثمّ قبلاهما بنفسهما قبل أن يقبل الوكيل، هذا في صورة التعدّد، وامّا في صورة وحدة القبول، فربّما يقصد البائع النّقل إلى الشّخصين، إلّا أن يتلفّظ بعقد واحدٍ اختصاراً في العبارة، فيقول «بعتُ هذا الشّيء» ويقبل الوكيل عنهما بقوله «قبلتُ عنهما»، وحينئذٍ فلا إشكال في تعدّد العقد.

قوله: «فانّه ﷺ علّل عدم جواز الردّ...»[٢].

أقول: يمكن أن يكون هذا الكلام إلى آخره، تقريباً لعدم علم البائع، المستفاد من كلامه أنّه هو العلّة، لا لعدم جواز الردّ، فانّ هذا المعنى وإنْ كان أظهر، إلّا أنّه بعد ملاحظة تمام العبارة لعلّه يكون ظاهراً في المعنى الأوّل، فلاحظ وتأمّل.

قوله: «ثمّ أنّ البراءة في المقام...»[٣].

أقول: الظّاهر أنّ البراءة والتبرّي في هذا المقام ليس إلّا كقوله تعالىٰ: ﴿أنّ الله

---

١ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٩ سطر ٢٠.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٥٩ سطر ٢٢.

٣ ـ كتاب المكاسب: ٢٦٠ سطر ٣٠.

بريءٌ مِنَ المُشْرِكين وَرَسُولُه﴾[١] لا من براءة الذمّة، فمعنىٰ تبرّي البائع عن العيوب، جعل نفسه أجنبيّاً عنها، بحيثُ لا رجوع لأحد من قِبلها إليه، بمعنىٰ سلب العُلقة عن نفسها بالمرّة، وجعلها علىٰ ضمان المشتري، فتأمّل.

قوله: «وكيف كان، ففي سقوط الردّ...»[٢].

أقول: قد ظهر من سيّد مشايخنا دام ظلّه تقوية ما قوّاه شيخه المصنّف ﷺ، من سقوط الردّ وثبوت الأرش، إلّا أنّ للنّظر فيما ذكراه مجالاً، إذ لا وجه للتّفكيك بعد اتّحاد الموضوع والدّليل.

ودعوىٰ: جريان دليل نفي الضّرر في خصوص الأرش، قابلةٌ للمنع.

واِمّا الرّواية الّتي يَستند إليها في إثبات أصل الحكم، فيمكنُ دعوى انصرافها إلى العيوب الباقية إلىٰ زمان الردّ، لا الزائلة قبل العلم، ولو قيل بشمولها للمقام فنلتزمُ بجواز الردّ أيضاً.

فقد ظهر ممّا ذكرنا انّ استصحاب استحقاق الأرش أيضاً، كاستصحاب الخيار قابلٌ للمناقشة، بعد دعوى انصراف الرّواية عنها، حيثُ لا نعلم بتحقّقه سابقاً حتّىٰ يستصحب، فتأمّل.

قوله: «فانّ المشتري لمّا أقدم علىٰ معاوضة أحد الرّبويين بالآخر...»[٣].

أقول: جَعْلُ الإقدام بالمعاملة منشأً لما ذكره لا يخلو عن تأمّل، لأنّ دعوى الانصراف مستلزمٌ لكون العلم بالعيب شرطاً في تحقّق الخيار، مع أنّا لا نلتزم به.

---

١ ـ سورة التوبة: آية ٣.

٢ ـ كتاب المكاسب: ٢٦١ سطر ٨.

٣ ـ كتاب المكاسب: ٢٦١ سطر ٢٨.

وامّا ما ذكره من الملازمة بين الردّ والأرش، فانّما يتمّ إذا قلنا ببقاء الشكّ بعد الزّوال في جواز الردّ حتّىٰ يُستصحب الجواز، وهذا مبنيٌّ علىٰ عدم ظهور الرّواية في اختصاص الردّ بكون المردود معيوباً ما دام مردوداً، فلاحظ وتأمّل، إذ هو حكمٌ من أحكام المعاملة الربويّة، علىٰ تقدير ثبوته، بحيثُ لا يؤثّر فيه علم المشتري وجهله، مع أنّه لا يتصوّر الإقدام في صوره جهله بالحكم وغفلته عن العيب.

نعم، أنّما هو لمّا أقدم على المعاوضة، فقد أقدم عليها مع ما يتبعها من الآثار الشرعيّة، فا لأولىٰ أن يستند في سقوط الأرش مطلقاً، حتّىٰ بعد تعذّر الردّ، بأدلّة الرِّبا لو كان فيها ما يفي بالمقام، وامّا مجرّد عدم جواز اعتبار وصف الصحّة في المعاملة الرّبوية، مِنْ حيثُ الماليّة في المعاملة الربويّة، بحيثُ يقابل مالاً زائداً على الطرف الآخر، فقد عرفت أنّه بنفسه لا يصلح مانعاً عن أخذ الأرش، بعد تبيّن العيب في المبيع، إذ عدم اعتباره في أصل المعاوضة لا يستلزم الغائه رأساً، وبهذا يمكن الخدشة فيما سيذكره في توجيه كلام العلّامة، فتأمّل.

ثمّ انّ جعل التصرّف في المبيع كاشفاً عن الرّضا بالعيوب أيضاً لا يخلو عن نظر، ولو بعد العلم بالعيب أيضاً، لو لم يعلم عدم جواز الأرش، فتأمّل.

***

إلىٰ هنا جفَّ قلمه الشّريف قدّس الله نفسه وطيّب رمسه، وقد تمّ استنساخه على يد أقلّ الطَّلبة عملاً، وأكثرهم زللا، تراب أقدام المؤمنين، مُحمّد صادق، بن حسن، بن إبراهيم، بن الحسين، بن الرّضا، ابن العلّامة محمّد مهدي الشّهير ببحر العلوم الطباطبائي الحسني البروجردي الغرويّ، في اليوم التّاسع من شهر ذي القعدة من سنة الألف والثّلاثمائة والاثنين والأربعين من الهجرة النبويّة عليه آلاف السّلام والتّحية، آمين.

مصادر التحقيق

١ ـ كتاب الخلاف، للشيخ الطوسي، طبعة جماعة المدرّسين.
٢ ـ كتاب السرائر، لابن ادريس الحلّي، طبعة جامعة المدرسين، ١٤١٠هـ.
٣ ـ كتاب الكافي، محمّد بن يعقوب الكليني، طبعة دار الكتب الإسلامية.
٤ ـ كتاب التهذيب، للشيخ الطوسي، طبعة دار الكتب الإسلامية، طهران.
٥ ـ شرائع الإسلام، المحقّق الحلّي، طبعة مؤسسة إسماعيليان، ١٤٠٨هـ.
٦ ـ قواعد الأحكام، العلّامة الحلّي، الطبعة الحجريّة.
٧ ـ جامع المقاصد، المحقّق الكركي، طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام، ١٤٠٨هـ.
٨ ـ مجمع الفائدة والبرهان، المولىٰ أحمد الأردبيلي، طبعة جامعة المدرسين.
٩ ـ عوالي اللئالي العزيزيّة، ابن أبي جمهور الأحسائي، طبعة سيّد الشهداء عليه السلام، ١٤٠٥هـ.
١٠ ـ جواهر الكلام، الشيخ محمّد حسن النجفي، طبعة دار إحياء التراث العربي.
١١ ـ مستدرك الوسائل، الميرزا حسين النوري، طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

١٢ ـ حاشية المكاسب، للشيخ محمّد حسين الإصفهاني، تحقيق الشيخ عباس آل سباع.

١٣ ـ طبقات اعلام الشيعة، الشيخ آغاز بزرگ الطهراني.

١٤ ـ أعيان الشيعة، السيد محسن الأمين العاملي، طبعة وزارة الإرشاد الإسلامي.

١٥ ـ سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي.

١٦ ـ سنن البيهقي، طبعة دار المعرفة.

١٧ ـ تفسير الكشاف، جار الله الزمخشري، طبعة دار الكتاب العربي.

١٨ ـ لسان العرب، ابن منظور، طبعة دار إحياء التراث العربي.

١٩ ـ معجم مقاييس اللغة، ابن فارس الرازي، مطبعة مصطفىٰ الحلبي بمصر.

٢٠ ـ المصباح المنير، أحمد بن محمّد الفيّومي، منشورات دار الهجرة، قم.

الفهرس

كتاب البيع

كتاب الخيارات